أحكام العمليات الجراحية

"دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي"

دكتور

رأفت محمد أحمد حماد

أستاذ القانون المدني المساعد - قسم القانون الخاص

كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر

فرع دمنهور

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمــة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين محمد بن عبد الله النبي الأمي منحه ربه الفيض الغزير والاستعداد التام، وكَمّلَه بأسباب المعرفة واليقين أما بعد :

فمن المعروف أن المشرع المصري لم يتعرض لبيان أحكام العمليات الجراحية، ومدى مسئولية الجراحين عنها بنصوص تشريعية خاصة، حيث ترك حكمها للقواعد العامة في المسئولية المدنية، الأمر الذي أوجد فراغاً تشريعياً فيما يتعلق ببيان أحكام العمليات الجراحية المشروعة من المحرمة، ولذا كان للقضاء دوراً كبيراً وخطيراً في إنشاء مسئولية الجراحين عن العمليات الجراحية، حيث تعدي دوره من التفسير للنصوص إلى الإنشاء لها نظراً للنقص التشريعي في مجال بيان أحكام العمليات الجراحية ومدى مسئولية الجراحين عنها، ولكي يسد هذا النقص التشريعي[1]، وقد دفع هذا النقص التشريعي الجراحين إلى الاجتهاد الشخصي لبيان العمليات الجراحية المشروعة من غير المشروعة (المحرمة)، مما أدى إلى وجود تنازع القانون مع الواقع، مما يعرضنا في النهاية إلى هزات عنيفة أثرت على أركان البناء القانوني في هذا المجال الحيوي والخطير والذي يتعلق بحرمة الكيان الجسدي للإنسان فالحفاظ على حياة الإنسان، هي من أسمى المبادئ والأهداف التي تسعى إليها التشريعات السماوية والتي من أهم مقاصدها "حفظ النفس"،

(1) Réné Martian : Le Faute Professionnelle Precianet des les Profession Libérales, Thésé Lyon. 1934. P. 27.

وكذلك التشريعات الوضعية، ولذا فإن المساس بالكيان الجسدي من خلال العمليات الجراحية بلاشك يشكل حساسية كبيرة، وخاصة في ظل عدم وجود تشريعات خاصة توضح المشروع من تلك العمليات الجراحية والمحرمة منها.

وفي ظل غيبة المشرع وعدم تدخله بنصوص تشريعة خاصة بأحكام العمليات الجراحية، نجد تلك الزيادة المطردة في المشاكل القانونية، والتي تثيرها مهنة الطب بصفة عامة، وتدخل الجراحين بصفة خاصة، وما يترتب على ذلك من وقوع وفيات أو إصابات خطيرة للمرضى نتيجة أخطاء الجراحين في إجراء العمليات الجراحية بصفة خاصة وتدخلهم لإجراء الكثير من الجراحات غير المشروعة، الأمر الذي انعكس بالآثار السلبية على العلاقة بين الجراح والمريض.

ولكن من مظاهر الإعجاز في شريعتنا الإسلامية الغَرَّاء أنها اشتملت على بيان أحكام العمليات الجراحية المشروعة وغير المشروعة حيث وضحت بالتفصيل ماهو مشروع وما هو محرم منها، وذلك حفاظاً على حرمة الجسد، وهو الهدف الذي تسعى إليه الشريعة الإسلامية من خلال مقاصدها الخمس (حفظ الدين، العقل، النسل، المال، النفس)، وهو ما سنوضحة بالتفصيل من خلال دراستنا المقارنة في هذا البحث بين القانون المدني والفقه الإسلامي. الأمر الذي يوضح لنا أن شريعتنا الإسلامية متكاملة، وصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان حيث نجد أن أحكامها دائماً ما توائم التقدم الطبي الذي لحق بأساليبه، وارتقت وسائله وتعددت ابتكاراته، الأمر الذي نتج عنه حاجة شديدة إلى معرفة رأي الفقه القانوني وأحكام المحاكم مع مقارنتها بأحكام الفقه الإسلامي في الأعمال الطبية بصفة عامة والعمليات الجراحية بصفة خاصة، وخاصة في ظل تزايد المخاطر الطبية وخاصة المرتبطة بفاعلية العمليات

الجراحية، بحيث أصبحت العمليات التي تجري على درجة كبيرة من الخطورة، وفي ظل التعقيدات التي ظهر في تحديد العمليات المشروعة من المحرمة ومدى مسئولية الجراحين عن الأضرار التي تنشأ عن العمليات الجراحية، وخاصة في ظل الاتجاه الحديث نحو ممارسة العمليات الجراحية من خلال مجموعة أو فريق من الجراحين، الأمر الذي أوجد صعوبة في تحديد المسئول عن الضرر الذي لحق بالمريض وخاصة في حالة شيوع الخطأ بين الجراحين.

وأمام تلك الصعوبات، وفي ظل ضرورة حماية المرضى، وفي نفس الوقت ضرورة العمل على توفير قدر من الحرية اللازمة للجراحين لتدخلهم الجراحي لعلاج مرضاهم دون إرهاب من المسئولية، كانت هناك حاجة إلى تناول بيان أحكام العمليات الجراحية دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، على أن تكون تلك الدراسة جامعة وشاملة لكل مايتعلق بأحكام مراحل إجراء العمليات الجراحية، سواء السابقة على إجراء الجراحة أو المتعلقة بإجراء الجراحة ذاتها، واللاحقة على إجراء الجراحة، ولذا كانت دراستنا في هذا البحث دراسة نظرية وتطبيقية مدعمة بآراء الفقه القانوني وأحكام المحاكم مع مقارنتها بأحكام الفقه الإسلامي، وخاصة في ظل غيبة المشرع لعدم تدخله لمعالجة موضوع البحث بنصوص تشريعية خاصة بالرغم من خطورة موضوعه وهو ما يتعلق بالمساس الجسدي للإنسان.

ولقد كان دافعي أيضاً في تناول هذا البحث هو محاولة جمع شتات الأحكام المتعلقة بالعمليات الجراحية، ومايتعلق بها من بيان مسئولية الجراحين عنها في دراسة قانونية شرعية مقارنة لتكون بداية لدراسة لاحقة في هذا الموضوع الحيوي والخطير، وخاصة أنني لم أستطيع العثور في المكتبة القانونية أو الشرعية على بحث متكامل لبيان أحكام العمليات الجراحية في القانون

المدني كدراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. الأمر الذي كان دافعي كما ذكرت في اختيار موضوع هذا البحث «أحكام العمليات الجراحية دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي» والله الموفق.

ولقد كان منهجي في دراسة هذا البحث ما يأتي :

١- لقد اعتمدت في إجراء هذه الدراسة على تقسيم موضوعات البحث إلى أقسام أربعة:

الأول : تناولت فيه بيان أحكام المراحل السابقة للعملية الجراحية ومدى مسئولية الجراح عنها.

والثاني : أحكام الجراحة المشروعة.

والثالث : أحكام الجراحة المحرمة.

والرابع : مسئولية الجراح من خطئه الشخصي ومدى مسئوليته عن الفريق الجراحي، وذلك من خلال بيان موقف الفقه القانوني وأحكام القضاء في فرنسا ومصر مع الدراسة المقارنة بالفقه الإسلامي وذلك في كل جزئيات البحث التي تناولها بالدراسة متبعاً في ذلك الأسلوب التأصيلي والتحليلي لبيان أحكام كل قسم من تلك الأقسام السابقة، ومدى مسئولية الجراح عن كل مرحلة منها.

٢- ونظراً للنقض التشريعي بالنسبة لبيان أحكام العمليات الجراحية حيث لم يتدخل المشرع القانوني بأحكام خاصة لبيان مسئولية الجراحين عن العمليات الجراحية، اعتمدت على الأسلوب الاستنباطي والقياسي لوضع أحكام خاصة بكل مرحلة من مراحل إجراء العملية الجراحية لعلها تكون مرشداً للمشرع القانوني عند تدخله لوضع أحكام خاصة للعمليات

الجراحية، وذلك من منطلق ضرورة حماية الكيان الجسدي للإنسان، والذي كرمته الشريعة الإسلامية تلك الشريعة المتكاملة، والتي سبقت الأنظمة الوضعية بآلاف السنين في تناولها لأحكام العمليات الجراحية المشروعة والمحرمة، ونأمل أن تكون أحكام الشريعة والتي حاولنا توضيحها من خلال هذا البحث في كل مسائل البحث مرشداً لمشرعنا القانوني عند تدخله أيضاً لوضع تلك الأحكام الخاصة والتي سوف تساهم بلاشك في ترسيخ ومنع التضارب السائد الآن في المحاكم بشأن مسئولية الجراحين عن العمليات الجراحية، والتي نحن في حاجة إلي ترسيخها وتأصيلها وخاصة في ظل المتغيرات الطبية السريعة، وفي ظل نقص الوازع الديني الذي قد يدفع بعض الجراحين إلى القيام بالعمليات الجراحية المحرمة مثل عمليات تغيير الجنس أو الاستيلاء على عضو إنسان أو العمليات التجميلية التحسينية، وغيرها من العمليات التي حرمتها الشريعة الإسلامية الغراء.

٣- كما كان منهجي في الفقه الإسلامي هو مقارنة أحكام الفقه في مسائل البحث بالجانب القانوني، وعزوت الآيات الواردة بالبحث إلى سورها، وتخرج الأحاديث النبوية من مصادرها، ولقد اعتمدت على أمهات الكتب في المذاهب الفقهية، ومراجع الفقه الإسلامي الحديثة التي تناولت جزئيات البحث المختلفة.

خطة البحث :

قسمت البحث إلى تمهيد، وأربعة فصول على الوجه الآتي :

التمهيد : تناولت فيه تعريف العمليات الجراحية لغة واصطلاحاً

الفصل الأول : تناولت فيه أحكام المراحل السابقة للعملية الجراحية في القانون المدنى والفقه الإسلامى.

المبحث الأول : أحكام الفحص الطبي

المطلب الأول : معنى الفحص الطبي وهدفه ومشروعيته.

المطلب الثاني : حكم الفحص الطبي للنساء.

المبحث الثاني : أحكام التخدير الجراحي

المطلب الأول : تعريف التخدير الجراحي وأنواعه

المطلب الثاني : مشروعية التخدير في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث : مسئولية الجراح عن أعمال التخدير

المبحث الثالث : أحكام نقل الدم، وشراء الأعضاء في القانون المدنى والفقه الإسلامي.

المطلب الأول : أحكام نقل الدم ومدى مسئولية الجراح عنها في القانون المدنى والفقه الإسلامى.

المطلب الثاني : أحكام شراء ونقل الأعضاء البشرية في القانون المدنى والفقه الإسلامي.

الفرع الأول : أحكام شراء ونقل الأعضاء البشرية في القانون المدنى.

الفرع الثاني : أحكام شراء ونقل الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي.

أحكام العمليات الجراحية

(دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي)

تمـــــهيد :

تعريف العمليات الجراحية :

١ – إن العمليات الجراحية لغة : نجد أنها عبارة عن صفة وموصوف، فالصفة هي الجراحية والموصوف هي العملية، ولذا نجد أن العملية تعني لغة : جملة أعمال تحدث أثراً خاصاً[١]

أما الصفة وهي الجراحية : فهي كلمة مأخوذة من الجرح فهي إسم الضربة أو الطعن[٢]، والاستخراج النقصان والعيب والفساد مصداقاً لقوله تعالى ﴿**وهو الذي يتوفاكم بالليل، ويعلم ماجرحتم بالنهار**﴾[٣].

ومما سبق نجد أن المعنى اللغوي لكلمة العملية الجراحية هي: أثر السلاح أو الضربة، وهو أقرب إلى الواقع العملي، فالعملية الجراحية ماهي إلا عبارة عن قطع في الجلد، أو استئصال لبعض الأعضاء أو رتق التمزق، **والفرق بين العملية الجراحية والعدوان بالسلاح** : هـو أن الأول إنما يحدث برضا الطرفين بهدف العلاج وشفائه، أما الثاني: فعلى العكس من ذلك.

---

(١) أنظر المعجم الوسيط، مادة "عَمِلَ"، ج٢ ص٢٢٨ الطبعة الثانية – تأليف مجموعة من أساتذة اللغة.

(٢) أنظر لسان العرب، ابن منظور، مادة (جرح) ج١ ص٥٨٦/٥٨٧– دار المعارف.

(٣) سورة الأنعام آية رقم ٦٠.

تعريف العملية الجراحية في الاصلاح :

٢ - لقد عرفها البعض[١] قديماً بأنها (صناعة ينظر بها في تعريف أحوال بدن الإنسـان من جـهـة مـايعـرض لظاهرة من أنواع التـفـرق في مـواقع مخصوصة ومايلزمه)[٢].

ولكننا إذا نظرنا إلى هذا التعريف، نجد أنه تعريف غير جامع حيث قصر العمليات الجراحيـة على مايتم لظاهر البدن في حين أن العمليات الجراحية في معظمها قد يكون محلها داخل بدن الإنسان.

وقـد تـناولت الموسـوعة الطبـية[٣] بـيان معنـى العـملية الجراحية بأنها هي إجراء جـراحي بقصد إصلاح عـاهة أو رتق تمزق أو عطب أو بقصـد إفـراغ صـديد أو سـائل مرضـي آخر أو لاستئصـال عضـو مريـض أو شـاذ.

ويلاحظ أيضـاً على التـعريف السـابق أنه عرف العملية الجـراحيـة بمحلها حيث عدد أنواعها، وأفرادها ولذا نجد أنه لايخلو إما أن يكون غير جامع أو يكون مطولا.

---

(١) قال به أبو الفرج يعقوب بن موفق الدين ابن اسحاق المعروف بابن القف، ويعتبر من أطباء العرب المشهورين- انظر ترجمته في معجم المؤلفين لعمر كحالة ج٣ ص١٦، ج١٣ ص٢٤٥، ولد بالكرك سنة ٦٣٠هـ، وكان نصرانياً وتوفي في دمشق سنة ٦٨٥ هـ.

(٢) أنظر العمدة في الجراحة لأبي الفرج بن موفق الدين يعقوب ابن اسحاق الكركي، طبع دار المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن سنة ١٣٥٦هـ. ج١ ص٤،٥ - انظر د/ محمد محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي - مكتبة الصديق - الطائف - السعودية - ص٢٢-٢٦.

(٣) الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء مادة (عملية جراحية) ج٥ ص٩٨٢.

ولهذا **نرى** أنه يمكن تعريف العملية الجراحية بأنها: «علاج المريض باستخدام الآلات الجراحية» ويمتاز هذا التعريف من وجهة نظرنا بأنه جامع مانع لأنه وضح لنا الوسيلة المستخدمة في العمليات الجراحية كما أنه لم يقصر محل العملية الجراحية على الجراحة الظاهرة بل اشتمل الجراحة الباطنة، كما وضح لنا القصد من استخدام الآلات الجراحية وهي إجراء العملية الجراحية بهدف علاج المريض.

الفصل الأول

أحكام المراحل السابقة للعملية الجراحية في القانون المدنى والفقه الإسلامى

٣- نتناول في هذا الفصل بيان أحكام الفحص الطبي، وأحكام التخدير، ونقل الدم، وشراء الأعضاء، على اعتبار أنها مراحل تسبق إجراء العمليات الجراحية، وذلك في مباحث على الوجه الآتي :

المبحث الأول

أحكام الفحص الطبي

٤- نتناول في هذا المبحث بيان معنى الفحص الطبي، ومشروعيته، وحكم فحص الرجال للنساء من وجهة القانون المدنى والفقه الإسلامى في مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول

معنى الفحص الطبي وهدفه ومشروعيته

أولاً : معنى الفحص الطبي :

٥- ينبغي على الطبيب قبل إجراء العمليات الجراحية القيام بالفحص الشامل الذي تستدعيه حالة المريض وتقتضيه طبيعة الجراحة المقبلة، ويشمل الفحص الطبي حالة المريض الكلية دون الاقتصار على الوضع محل

العملية الجراحية، وذلك بهدف تلافي النتائج الجانبية الأخرى التي قد تحدث بسبب التدخل الجراحي(١).

وقد عرف جانب من الفقه الفحص الطبي بأنه (هو بداية العمل الطبي الذي يقدم به الطبيب ويتمثل في فحص الحالة الصحية للمريض بفحصه فحصاً ظاهرياً)(٢).

٦- ولكننا نرى أن هذا التعريف يؤخذ عليه أنه اقتصر في تعريف الفحص الطبي على الفحص الظاهري فقط بحيث لايشمل كل أنواع الفحص الطبي، لأن الفحص الطبي إما أن يكون ابتدائياً أو سريريا أو تكميلياً..

فالأول : يتولى فيه الجراح استقبال المريض، والاستماع إلى المريض لمعرفة الأعراض التي يشكو منها، لكي يصل إلى المعلومات الضرورية التي تساعده على تشخيص الحالة المرضية لدى المريض، وذلك من خلال معرفة الأعراض التي يعاني منها المريض، فعن طريق الأعراض يمكن مساعده الطبيب على تحديد المريض.

والثاني : يقوم فيه الجراح بفحص حسي للمريض على السرير، ويستخدم في ذلك يده، أو أذنه أو عينيه أو سماعته أو بعض الأجهزة البسيطة مثل قياس الحرارة، وخافض الصوت، أو استخدام المنظار في الكشف على أذن المريض أو خافض اللسان.

---

(١) Req 21 Juill 1947 Dalloz. 1947 - 486.

(٢) انظر د/ أسامة قايد، المسئولية الجنائية للأطباء "دراسة مقارنة" ط٢ سنة ١٩٩٠، دار النهضة العربية ص٦١.

أما الأخير : فيلجأ إليه الجراح إذا تعذر الوصول إلى حقيقة المرض باستخدام الوسيلتين السابقتين حيث يقوم الجراح بإجراء فحوصات أكثر عمقاً لبيان حالة المريض بالتحديد[١] ، ويعتمد الجراح في هذه على الأجهزة والآلات الحديثة المتطورة كالأشعة والمناظير الطبية بأنواعها، كما أنه يعتمد على التحاليل المختلفة[٢].

٧- **ولذا نرى:** أن الفحص الطبي هو: مايقوم به الجراح أو الطبيب للمريض ظاهرياً وتكميلياً أي ابتدائياً وتكميلياً للوصول إلى حالة المريض بالتحديد تمهيداً لتحديد العلاج المناسب، وذلك بالطبع في الحدود التي يسمح بها تخصص الجراح أو الطبيب أو مستواه الطبي، ومايتوقع من طبيب فقط في نفس المستوى.

وعلى الجراح الاستعانة - عند عدم تمكنه من التيقن من حالة المريض- بمن هم أكثر تخصصاً في المجالات الطبية الأخرى. هذا ولم نجد في القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ في شأن مزاولة مهنة الطب، مايشير إلى إلزام الطبيب أو الجراح إلى ضرورة إجراء الفحص الطبي السابق على إجراء الجراحة أو إلى أن نص يوضح ضوابط الفحص الطبي والتي من خلالها يمكن تحديد مسئولية الجراح أو الطبيب المدنية والجنائية وإن كان القضاء قد لجأ إلى القواعد العامة في تحديد مسئولية الجراح أو الطبيب لتقدير خطأه إلا أن الجراحة فيها مساس بحياه الإنسان وخصوصيتها الأمر الذي يتطلب ضرورة تدخل المشرع المصري

---

(١) Dr Louis et Sicard "La responsibilité civile du médecin" 1978 Préc-P. 52 ets.

(٢) انظر د/ محمود قاعود، الشفاء بالجراحة - دار العلم للملايين - الطبعة الأولى ص٥١ ومابعدها.

بوضع ضوابط وأحكام لإجراء الفحص الطبي السابق على الجراحة، كما يتطلب أيضاً من المشرع المصري ضرورة التدخل أيضاً لوضع أحكام لإجراء العمليات الجراحية وعدم تركها للتقدير الشخصي للجراح وذلك حفاظاً على حياة المريض وحتى لايكون حقل تجارب لكثير من الجراحين المبتدئين، كما هو الحادث الآن وخاصة في ظل غيبة الضمير الإنساني وتعرض جسد الإنسان للسرقات دون أن يعلم المريض بذلك.

ثانياً : الهدف الأساسي من الفحص الذي يسبق إجراء العمليات الجراحية :

٨- إن معرفة خفايا المريض الصحية ووظائفه الجسدية، وكذا توفير المعلومات الشاملة عن المريض كثيراً ماتساعد الجراح عند إجراء العمليات الجراحية، كأن يتخذ الاحتياطات اللازمة أثناء التدخل الجراحي، في حالة إصابة المريض بالسكر مثلاً أو الضغط أو بالحساسية أو بالقلب، فالفحص السابق يوفر للجراح المعلومات اللازمة والتي تمكن من إجراء العملية الجراحية مع اتخاذ الوسائل الملائمة لتلافي الحالات المرضية الأخرى لدى المريض(١).

ثالثاً : مسئولية الجراح عن الخطأ في مرحلة الفحص الطبي :

٩- إن مسئولية الجراح تتحقق نتيجة إهماله في مراحل الفحص الطبي السابق على إجراء العملية الجراحية للمريض ولم يتخذ الضمانات التي تبعده عن الزلل، حيث يجب على الجراح قبل إجراء العملية الجراحية، أن يجري للمريض فحصاً كاملاً، وإهماله في إجراء هذه الفحوص (التمهيدية

---

(١) انظر د/ محمد قاعور، مرجع سابق، ص١٩.

- التكميلية) يشكل خطأ يعاقب عليه جنائياً ومدنياً[١] وذلك استناداً إلى الأحكام العامة للمسئولية العقدية[٢] على اعتبار أن اتفاق الجراح مع المريض على إجراء العملية يكون عقداً للعلاج الطبي[٣] إلا في الحالات الاستثنائية والاضطرارية التي يتدخل فيها الجراح لإنقاذ حياة المريض كأن يصاب المريض بغيبوبة نتيجة حادث مثلاً فإن مسئوليته تكون تقصيريه، ولكن يجب عند الحديث عن مسئولية الجراح أن نفرق بين الغلط في التشخيص الناجم عن الشك المحيط ببعض الوقائع الطبية، وخطأ

(١) Paris 10-6-1960 J.C.P. 1960-11-11779, Paris 10-12-1970. D-1971 Som. P.38, Crim. 26-7-1977. B-Crim N. 38 P.93, R.S.C. 1977 P.577 obs G. Levasseur. Paris 2déc 1957. D-1958, 95; J.C.P. 1959, 11 note savatier, civ. 2 Fevr. 1960, D. 1960, 501.

(٢) ولكي تعتبر مسئولية الجراح عقدية يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط فإن تخلفت أحداها اعتبرت المسئولية تقصيرية وهي:

(أ) يجب أن يكون هناك عقد : فإذا باشر الجراح الجراحة دون أن يسبق ذلك عقد كانت مسئوليته تقصيرية. (دونديو دوفابر، النشرة الطبية الشرعية ١٩٣١ ص٤١٤).

(ب) يجب أن يكون المجني عليه هو المريض : فإذا كان من الغير كمساعد جرحه الجراح أثناء إجراء عملية فالمسئولية لايمكن إلا أن تكون تقصيرية (نقض فرنسي ١٩٣٦/١٢/٣٠ - داللوز ١٩٣٧-١-٥ وتعليق سافاتييه وانظر سافاتييه، مسئولية الطبيب عن الأضرار التي تصيب الغير من شهادة حررها، ج٢، بند ٧٧٦).

(جـ) يجب أن يكون العقد صحيحاً : لأن العقد الباطل لايترتب عليه أي التزام، والمسئولية عنه تكون إذن تقصيرية (انظر مصطفى مرعي، المسئولية، طبعة٢ بند ١٤، السنهوري، نظرية العقد بند ٥٩٢).

(د) يجب أن يكون الخطأ المنسوب إلى الجراح نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج، وإلا كانت مسئوليته تقصيرية إذا كان الخطأ المنسوب إليه لايمت بصله إلى الرابطة العقديه (نيم ١٩١١/٧/٣ داللوز ١٩١٤ - ٢ - ٨٥).

(هـ) يجب أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد (انظر مزيداً في التفصيلات حول هذا الشرط د/ حسن زكي الأبراشي مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص٦٥ ومابعدها).

(٣) أنظر عقد العلاج الطبي، د/ عبد الرشيد مأمون - دار النهضة العربية ص١٢١ ومابعدها طبعة ١٩٨٦م - نقض مدني مصري بتاريخ ١٩٧١/١٢/٢١م (مجموعة أحكام النقض ٢٢-٦٢-١٠٠-١٧٩) ونقض فرنسي في ١٩٢١/٤/١٦ سيري ١٩٢٣-١-١٤٢.

التشخيص الناجم عن السلوك السئ الذي اتخذه الطبيب بإهماله في مرحلة الفحص الطبي السابق على إجراء العملية الجراحية، إذ يسأل الطبيب في الحالة الأخيرة فقط[١].

ومن الأمثلة التطبيقية لمسئولية الجراح عن خطأ الفحص الطبي التمهيدي مايأتي:

أ- استقر القضاء الفرنسي على مسئولية الجراح عن إهماله في إجراء الفحوص الطبية التمهيدية قبل إجراء العمليات الجراحية وأن هذا الإهمال يعتبر خطأ في جانب الجراح تقوم به مسئوليته تجاه المريض أو ورثته[٢].

ب- قضت المحاكم الفرنسية بإدانة الجراح الذي أهمل في الفحص الطبي الذي أدى إلى خطأ في تشخيص حالة المريض واعتقد أن الورم خبيث وهو غير ذلك الأمر الذي ترتب عليه قيامه بالتدخل الجراحي وبتر العضو الذي به الورم الشحمي[٣].

جـ- كما تتحقق مسئولية الجراح الذي لم يتخذ الاحتياطات اللازمة للتأكد من أن المريض كان قد امتنع عن الأكل قبل إجراء العملية الجراحية [٤].

د- وقد ذهب بعض القضاء الفرنسي في أحكامه إلى عدم الاكتفاء بمسئولية الجراح عن إجراء الفحص التمهيدي فقط بل قرر أيضاً تحقق المسئولية في جانب الجراح إذا لم يقم قبل إجراء العملية الجراحية بعمل الفحوصات التكميلية باستخدام الأجهزة الحديثة والآلات المتطورة لبيان حالة المريض. لأنه يعد في هذه الحالات مهملاً وبالتالي تستوجب مسئوليته، كأن يهمل

(١) أنظر حكم محكمة متز Metez ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ داللوز الدوري – ١٨٦٧-٢-١١٠.

(٢) Civ 2-2-1960 - Dalloz- 1960 J 501, Cass, Civ 31-5-1960-Dalloz-1960 J 571 J-C.P. 1960-11914 Note Savatier, Paris 29-3-1969. Dalloz. 1969 Som- 59- Montpellier 5-5-1971, J,C,P - 1971 - 11-16783.

(٣) Cour d'appel - d Agen 16-71977 guide partique préc. P.19.

(٤) Paris 4 mars 1970 GP. 1970 - 1 - 45.

الجراح في إجراء الفحوص الكاملة للمريض لبيان حالته، وإجرائه العملية الجراحية دون ذلك، وخاصة في حالة عدم وجود مبرر يسمح له بالتعجيل بإجراء العملية الجراحية(١).

هـ- كما قضت المحاكم الفرنسية بمسئولية الجراح بسبب إهمال المستشفى في إجراء أشعة للمجني عليه على الجمجمة لبيان مابها من كسور قبل إجراء الجراحة حيث يعد ذلك خطأ في جانب الجراح الذي كان يجب عليه إجراء الفحص الطبي قبل إجراء الجراحة(٢). هذا ويجري الاتجاه الغالب في القضاء الفرنسي إلى افتراض خطأ الجراح بمجرد حدوث الضرر نتيجة استعمال الأشعه، وذلك نظراً إلى التقدم الفنى الكبير الذى أحدثه العلم الحديث فى هذا المجال عن طريق تطوير وتحسين اجهزه الأشعه وضمان كفاءتها وتزويدها بالإمكانيات اللازمه لمنع المضار عن جسم الأنسان(٣).

---

(١) Civ 1960 - N - 505 P.381 et voir aussi les arrêtesen Jean Guerin "Guide Pratique de la responsabilité médical" 1980 p.22 et 23 Montpellier 5 - 5 -1977 - J.C.P. 1971 -11-16783.

(٢) أنظر في هذا المثال د/أسامة عبد الله فايد، مرجع سابق، ص٢٤٤ بند ٢٠١.

وأنظر أيضاً في عرضه :
V.louis - préc p.52.

وأنظر حكم محكمة جريتوبل – ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٦ داللوز الأسبوعي ١٩٤٧–٧٩ حيث جاء منه :

"qu attendu que ces manoevrees, basées sur une erreur de diagnostic, aux dires des experts, laissent supposer en effet que le PVG apemsé à la possibilité d'une luxation concomittant de lêle hmérale ou envisagé une fracture compliquée de déplacement articlaire et nécessitant une réduction, et ils ajoutent que le practicien eut èté mieux inspéré en pratiquant non pas seulement une radiographie de face, mais aussi une radiographie de profil de l'equale traumatlque".

وعلى العكس قضت إحدى المحاكم الفرنسية بانتفاء مسئولية الجراح الذي لم يجر فحصاً بالأشعة للمريض حيث كانت العلامات الإكلينيكية كافية لوضع التشخيص : أنظر في ذلك :

Limoges 25-10-1995-J.C.P. 1956-11-902 obs R.savatier memteaw Gêrad, Essoi sur laligerte thérapeutique du médecin. Thèse poities 1973 p.193.

(٣) Rennes 15 mai, 1933, G.P.1933,2,519, paris 17 Juil, 1936, Dalloz, 1936,498,.

و- وقررت المحاكم الفرنسيه أيضاً مسئولية الجراح التي لم يحتاط للعملية الجراحية بإحضار طبيب مخدر مختص، ولو لم يكن من المؤكد أن حضوره يمكن أن يمنع حدوث ما وقع من أضرار(١).

١٠- **أما بالنسبة للقضاء المصري** فقد سار في هذا الاتجاه أي نحو تحقق مسئولية الجراح عن إهماله في إجراء الفحوص الظاهرية أو التكميلية قبل تشخيص حالة المريض وإجراء الجراحة له. وإن لم نجد أحكام صريحة في ذلك إلا أن الاتجاه العام في القضاء المصري يتجه إلى استعمال منتهي الشدة تجاه الجراحين والأطباء والأخصائيين في تقدير أخطائهم – وخاصة في ظل الفراغ التشريعي الذي أوجده المشرع المصري بعدم تدخله بأحكام تنظيمية خاصة لإجراء العمليات الجراحية – لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال في المعالجة وعند إجراء العملية الجراحية(٢) ، لأنه وإن كان الأصل العام الذي يكاد يجمع الفقه والقضاء عليه هو أن التزام الجراح التزاماً عاماً بالحرص والعناية(٣) أي التزام ببذل عناية وليس التزماً بتحقيق نتيجة وهي شفاء المريض لأن

---

(١) Paris 23-avr-1968 J.C.P. 1968-11-15625, civ 27 jan 1970, Dalloz, 1970-70.

(٢) أنظر استئناف مدني ٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦-٧١٣-٣٩٥، ثم أخذت بذلك محكمة جنح الأزبكية بتاريخ ٢٦ يونيه ١٩٦٩م في قضية الدكتور/يحيي الجمال رقم ١٠٥٤ لسنة ١٩٦٧ جنح حيث قالت: "أنه من المتفق عليه في الآونة الأخيرة فقهاً وقضاءً أن مسئولية الطبيب تخضع للقواعد العامة في تحقق وجود الخطأ، مهما كان نوعه، سواء خطأ فنياً أم غير فني، جسيماً أو يسيراً، فقانون العقوبات لايوجد بين مواده نص يحيط الأطباء بنص تشريعي خاص يضيق من نطاق مسئوليتهم الجنائية أو يعدل من أحكامها".

– أنظر في تأييد ذلك حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٧١/١٢/٢١ (مجموعة أحكام النقض ٢٢ – ١٠٦٢ – ١٧٩).

(٣) - Savatier (R). Traité de al responsabalité civil 11, No 778 p.381.

- MAZEAUD (H.L. et J) : Leçon de droit civil T, 2,1re vol 6e-1978 par F.CHABAS. No.21 P.14. =

الشفاء أمر احتمالي غير مؤكد لأن العمل الطبى يتضمن نسبة كبيرة من الاحتمال والتخمين ولهذا لايتصور أن يلتزم الجراح بشفاء المريض أو بضمان سلامته لأن الشفاء من عند الله ولذلك لايسأل الجراح عن عدم الشفاء وإنما عن تقصيره في بذل العناية اللازمة(١). وهو ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية حيث قررت "أن التزام الطبيب – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، وإنما هو التزاما ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأحوال المستقرة في علم الطب"(٢). ومما سبق نجد أنه وإن كان التزام الجراح التزام ببذله عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي من الجراح أن يبذل لمريضه قبل إجراء الجراحة جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الجراح عن كل تقصير في مسلكه الطبي – عن التشخيص المبدئي من خلال الكشف الظاهري أو التكميلي – لايقع من جراح يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالجراح المسئول، كما يسأل الجراح أيا كانت درجة جسامته(٣)، فلايغتفر للجراح مثلاً أن يهمل طريقة الفحص الميكروسكوبي، والتحاليل الطبية بأنواعها والتصوير بالأشعة كلما كان ذلك

= "Le médecin est seulement tenu de se conduire avec prodence et diligece en vue dobtenir la guérison du malade"
- Civ 29 Oct. 1968. J.C.P 1968, 11, 1599, note, savatier.

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم "أن الحكم الذي يعتبر الطبيب ملتزما بنتيجة يخالف القانون".

(١) أنظر د/ محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية، ص١١١/١١٢. الناشر – مكتبة الجلاء – المنصورة – طبعة ١٩٩٠.

(٢) نقض مدني مصري ٢١/١٢/١٩٧١م مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض س٢٢ رقم ١٧٩ ص١٦٢
- نقض مدني مصري في ٢٢/٣/١٩٦٦ مجموعة المكتب الفني س١٧، رقم ٨٨ ص٦٣٦.

(٣) أنظر نقض مدني ٢٦ يونيه ١٩٦٩م، مجموعة أحكام النقض ٢٠-١٠٧٥-١٦٦.

لازماً لصحة تقديره ومعرفة رأيه[١] قبل إجراء العملية الجراحية، ولايعفيه من وجوب الالتجاء إلى الفحص التكميلي باستخدام الأجهزة الحديثة وغيرها إلا أن تكون ظروف الحالة مانعة له من الانتفاع بها كما لو كان بعيداً عن أي مكان يستطيع إتمام هذه الصور والتحاليل فيه، أو كانت الحالة أخطر من أن يحتمل أي تأجيل لإجراء العملية الجراحية[٢]، ومن ثم كان الإهمال في الفحص الطبي السابق على إجراء العملية الجراحية لايعد من قبيل الخطأ، فالجراح لايسأل إذا وجد أمام حالة خطرة إذا هو قرر إجراء عملية تستدعيها في نظره ضرورة إنقاذ حياة المريض دون أن يتسع له الوقت لإجراء أشعة عن موضع الداء في جسمه[٣]

رابعاً : موقف الفقه الإسلامي من الفحص الطبي :

١١- سبق أن وضحنا أن الفقه القانوني والقضاء في أحكامه المختلفة يلزمان الجراح بضرورة إجراء الفحص الظاهري والتكميلي للمريض قبل إجراء العملية الجراحية، وإلا وقع تحت طائلة المسئولية سواء المدنية أم الجنائية، ولكن مامدى مشروعية هذا الفحص في الفقه الإسلامي؟

إن الفقه الإسلامي لايتعارض مع الفقه القانوني والقضاء في ضرورة إجراء الفحص قبل إجراء الجراحة فذلك أمر مشروع في الفقه الإسلامي لعدة أمور منها :

---

(١) جازيت باليه - ١٩٣٦-٢-٧ في الهامش، سافاتييه بند ٧٩١، وديع فرج، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص٤٢٥/٤٢٦.

(٢) أنظر وديع فرج - مسئولية الأطباء والجراحين المدنية - مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ القسم الأول ص٤٢٥/٤٢٦.

(٣) أنظر حكم محكمة دويه ١٩٢٩/١١/٢٧م، مجموعة دويه ١٩٢٩ ص٣٢١.

أ- أن الفحص الطبي يعتبر شرطاً في صحة العلاج وإجراء الجراحة بحيث لايكون العلاج أو الجراحة موافقة للقواعد والأصول الطبية المعتبرة إلا إذا تحقق الفحص الطبي وهذا الأمر ما يتفق مع القاعدة الفقهية القائلة "ماكان وجوده شرطاً كان عدمه مانعاً"(١).

ب- إن الإذن بالفحص الطبي حاصل بدلالة الإذن بإجراء العملية الجراحية، والحاصل في إبرام عقد العلاج بين الجراح والمريض، فالإذن بإجراء الجراحة، يعتبر إذناً لكل ماتستدعيه الجراحة من فحوص وتحاليل. وهذا مايتفق مع القاعدة الفقهية القائلة بأن "الإذن بالشئ إذ فيما يقتضي ذلك الشئ إيجابه"(٢).

جـ- إن الفحص الطبي قبل الجراحة فيه حماية لحياة المريض، لأن إقدام الجراح على إجراء الجراحة قبل فحص المريض فيه تعريض لحياة المريض للخطر والهلاك، فقد لاتكون هناك حاجة لإجراء العملية أو أن المريض يعاني من أمراض أخرى قد يفاجأ بها الطبيب أثناء الجراحة، الأمر الذي يعقد معه التطور الطبيعي للعملية الجراحية، ولاتندفع هذه المفاسد إلا بفحص المريض قبل إجراء العملية وذلك لأن درء المفسده مقدم على جلب المصلحة.

- ومما سبق نجد أن الفحص الطبي قبل إجراء العملية الجراحية مشروعة وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي ولكن هل الفحص الطبي للنساء بواسطة الرجال مشروعاً وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي ؟

هذا ماسنلقي عليه الضوء لبيان أحكام تلك المسألة في المطلب التالي.

---

(١) أنظر الموافقات للإمام أبي اسحاق بن موسى اللخمي الغرناطي المعروف بالشاطبي ج٢ ص٨/١٠ - طبعة المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة سنة ١٩٣٤م بتحقيق الشيخ عبد الله دراز.

(٢) أنظر المنثور في القواعد للإمام بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي ج١، ص١٠٨ - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٢هـ -مؤسسة الفليح بالكويت، بتحقيق محمد حامد الفقي.

المطلب الثاني

حكم الفحص الطبي للنساء

١٢- إذا رجعنا إلى النصوص القانونية التي تحكم ممارسة العمل الطبي بأنواعها المختلفة لم نجد بينها مايحرم فحص الأطباء الرجال للنساء، فالأصل فيها الإباحة وخاصة في ظل عدم وجود نصوص قانونية تحكم هذه المسألة، وقد اعتمد المشرع في الإباحة المطلقة لفحص النساء بواسطة الأطباء والجراحين على أن المهنة الطبية تقوم على الأمانة والرحمة، كما اعتمد على أن الطبيب والجراح يؤدي حلف اليمين قبل ممارسته للمهنة الطبية بأن يؤدي عمله بأمانة وشرف وألا يتعارض عمله مع غرض العلاج. **ولكن هذا ليس بكافياً من وجهة نظرنا** فكان يجب على المشرع هنا أن يتدخل لوضع ضوابط لعملية فحص النساء بواسطة الأطباء والجراحين الرجال، ولايتركها بلاضابط أو نصوص تشريعية تحكمها وحتى لانسمح بأي تجاوز من الجراحين والأطباء عند توقيع الكشف الطبي على النساء وخاصة أننا في بلد إسلامي يجب أن تكون تشريعاته منضبطه وتتفق وأحكام الفقه الإسلامي وخاصة أن الفقه الإسلامي به من الأحكام الواضحة والكافية للحكم على فحص النساء بواسطة الرجال وهذا ماسنوضحه في الفقرات التالية.

١٣- يجب علينا قبل أن نوضح حكم الفحص الطبي للمرأة بواسطة الجراح أو الطبيب أن نبين معنى العورة بالنسبة للمرأة وحدودها وذلك على الوجه الآتي:

١٤- أولاً : معنى العورة للمرأة وحدودها :

العورة لغة تعني : الخلل والعيب في الشئ، وتطلق على سوأة

الإنسان، وكل مايستحيا منه، والجمع "عورات"، وتطلق على المرأة نفسها وسمى الفرج عورة لأن إظهاره يسوء صاحبه، وهذا يدل على قبح كشفها(١).

أما العورة في اصطلاح الفقهاء، فتطلق على معنيين(٢)

أ- مايجب ستره في الصلاة.

ب- على ما يحرم النظر إليه

والذي يعنينا في دراستنا هو المعنى الثاني بالنسبة للفحص الطبي للمرأة، فذهب أكثر الفقهاء إلى القول بأن حد العورة في المرأة هو بدنها كله فهو عورة ويجب عليها ستره ماعدا الوجه والكفين(٣) -ويضاف إليهما القدمان عند أبي حنيفة- وقد استند جمهور الفقهاء في القول بذلك إلى قوله تعالى ﴿**ولايبدين زينتهن إلا ماظهر منها**﴾(٤) : أي ولايظهرن مواضع الزينة إلا الوجه والكفين كما جاء في رواية ابن عباس وابن عمر وعائشة

(١) أنظر المعجم الوسيط ج٢ ص٦٣٦ حيث جاء فيه "أعور الرجل والمرأة، بدت عورتهما، والعورة الخلل والعيب في الشئ، وكل مايستر الإنسان استكشافاً أو حياءً".

(٢) أنظر في الفقه الشافعي: حاشية الباجوري، للعلامة الباجوري على متن أبي شجاع ج١ ص٢٤٥/٢٤٦، مغني المحتاج إلى شرح الفاظ المنهاج، للشيخ محمد أحمد الشربيني الخطيب ج١ ص١٨٥ طبعة مصطفى البابي الحلبي.

(٣) أنظر في تحديد العورة المراجع الآتية :

الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج٧ ص١٨٢/١٨٣، والمجموع شرح المهذب للنووى ج٢ ص١٦٥-١٧٠. المطبعة المنيرية بالقاهرة - بدائع الصنائع للكاساني ج٥ ص١١٩-١٢٤- المغني شرح مختصر الخرقى لابن قدامه ج٧ ص٤٥٩-٤٦٢. طبع دار الكتاب العربي سنة ١٣٤٧هـ، المغني ج٧ ص٦٤١ طبعة محمد رشيد رضا- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ج١ ص٢٨٣/٢٨٤/٢٨٥/٢٨٧/٢٨٩ تأليف العلامة أبي البركات أحمد الدردير - طبع دار المعارف بمصر سنة ١٩٧٤م. وانظر رسالة الدكتور/ على داود الجفال، المسائل الطبية المعاصرة وموقف الفقه الإسلامي منها. سنة ١٩٨٥ - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ص٥٧ ومابعدها.

(٤) آية ٣٠ سورة النور.

«أن النبي ﴿ﷺ﴾ قال: لايقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»[١].

١٥- ثانياً : حكم فحص الجراح والطبيب للمرأة المريضة :

وإذا ماطبقنا المفهوم السابق لعورة المرأة على الفحص الطبي بالنسبة لها بواسطة الجراح أو الطبيب. نجد أن الأصل هو حرمة كشف الإنسان عن عورته لحديث النبي ﴿ﷺ﴾ أنه قال «لاينظر الرجل إلى عورة الرجل، ولاالمرأة إلى عورة المرأة»[٢] ، واستناداً إلى مارواه بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال "قلت يارسول الله عوراتنا مانأتي منها وماننذر؟ قال : احفظ عورتك إلا من زوجتك أومامكلت يمينك. فقال: الرجل يكون مع الرجل؟ قال: إن استطعت ألا يراها أحد فافعل. قلت: فالرجل يكون خالياً. قال: فالله أحق أن يستحيى منه»[٣].

ولكن إذا طبقنا الأصل المشار إليه من حرمة كشف الجراح أو الطبيب على عورات المرأة على إطلاقه، لأدى إلى وقوع الحرج على بعض الناس، كما أن التمسك بالظاهر من النصوص يؤدي في بعض الأحيان إلى ظلم وضرر لأن كل من تجاوزه حده انقلت إلى ضده[٤]، ولذلك اقتضت حكمة التشريع التيسير على الناس، وعدم تطبيق الأحكام العامة في بعض

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ج١ ص٢٤٤ طبعة البابي سنة ١٣٧١هـ في كتاب الصلاة، باب المرأة تصلي بغير خمار، وأخرجه الترمذي في سننه ج١ ص٢١٥ مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.

(٢) صحيح مسلم ج١ ص١٣٠ مطبعة البابي سنة ١٢٦١هـ.

(٣) سنن الترمذي بشرح عارضه الأحوذي ج١ ص٣٢٨ أبواب الأدب.

(٤) أنظر السيوطي في الأشباه والنظائر ص٥٩ طبعة ١٩٣٦ مطبعة مصطفى البابي الحلبي/ مصر.

الأحوال الاستثنائية، رفعاً للضرر، ودفعاً للمشقة لقوله تعالى ﴿**وماجعل عليك في الدين من حرج**﴾[١]، وقوله تعالى ﴿**فمن اضطر غير باغ ولاعاد، فإن الله غفور رحيم**﴾[٢]، وفي الحديث الشريف: «الدين يسر» أحب الدين عند الله الحنيفية السمحة[٣].

ومما سبق نجد أن هذا الأصل يُستثنى في حالة الفحص الطبي للمرأة بواسطة الجراح أو الطبيب للضرورة، والحاجة الداعية إليه كعدم وجود طبيبة تثق المريضة أو نووها بها، أو توجد طبيبة ولكنها ليست متخصصة كتخصص الجراح أو الطبيب المعالج لها إذا كان مرضها يتطلب تخصصاً معيناً، وذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية «الضرورات تبيح المحظورات»[٤].

ولكن الإباحة في القاعدة السابقة مقيدة النص، أو القدر، أو بالزمن[٥]: فالتقييد بالنص ماذكره ابن نجم "المشقة والحرج إنما يعتبران في موضع لانص فيه"[٦]، أم التقييد بالقدر مانصت عليه مجلة الأحكام العدلية بأن ﴿**الضرورات تقدر بقدرها**﴾[٧]، وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي[٨] "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها" ومعنىٔ كل ذلك أن الضرورة حالة استثنائية شاذة، والمستثنيات تفسر بتضييق، أي أن الترخيص الذي

---

(١) الآية (٧٨) سورة الحج.

(٢) آية رقم (١١٥) سورة النحل.

(٣) البخاري وشرحه عمدة القارئ للعيني ج١ ص٢٣٤/٢٣٥ - مطبعة مصطفى البابي الحلبي / مصر.

(٤) مجلة الأحكام العدلية المادة رقم (٣١)، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٤.

(٥) أنظر د/ علي داود الجفال، مرجع سابق ص٧٢ ومابعدها.

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ص٣٣ طبع بمصر سنة ١٩١٨م.

(٧) المادة (٢٢).

(٨) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٦٠ مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٩٣٨م.

تقتضيه الضرورة لايكون على إطلاقه، بل يكون بالقدر اللازم لرفع المشقة، ومثال ذلك: إذا جاز للجراح النظر إلى عورة المرأة المريضة للضرورة، فلايجوز له أن يرى منها أو يكشف عنها إلا موضع الجرح، ويغض بصره ماستطاع، لأن الضرورات تقدر بقدرها.

أما التقييد بالزمن : فالأن الترخيص والاضطرار أو الحكم الاستثنائي الذي تقتضيه يبقى مادام العذر أو حالة الاضطرار موجودة، فإذا زالت هذه الحالة الاستثنائية، زال الترخيص ورجع الأمر إلى القاعدة الأصلية، وهذا ماجاءت به مجلة الأحكام العدلية ﴿**أن ماجاز لعذر بطل بزواله**﴾(١)، ونصها ﴿**إذا زال المانع عاد الممنوع**﴾(٢).

هذا عن حالة الضرورة أما الحاجة الداعية إلى الاستثناء تخضع في حكمها للقاعدة الفقهية المعروفة "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"(٣).

١٦- ونخلص مما سبق أنه يجوز أن يتولى الجراح أو الطبيب فحص المرأة طبياً على سبيل الاستثناء ولكن هذا الاستثناء مقيد بشرطين:

الأول : عدم وجود النظير من نفس الجنس :

فإذا احتاجت المرأة إلى الفحص الطبي، ووجدت إمرأة طبيبة أو جراحة تقوم بهذه المهمة تعينت، وبالتالي لايجوز أن يصار الكشف من قبل الجراح أو الطبيب.

---

(١) المادة ٢٣.

(٢) المادة ٢٤.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٨ مطبعة البابي الحلبي سنة ١٩٣٨م.

وعلة ذلك : أن نظر الجنس إلى الجنس أخف من نظر الجنس إلى الجنس الآخر، وإذا تعذر ذلك فيجوز أن يقوم الجراح أو الطبيب بفحص المرأة المريضة لمكان الضرورة، والحاجة الداعية إلى ذلك، وذلك بشرط أن يكون هذا بحضور محرم أو زوج أو إمرأة ثقة أثناء الفحص أو الجراحة خشية الخلوة ولجواز خلوة الرجل بإمرأتين ثقتين عند كثير من العلماء وذلك لاستحياء كل بحضرة الأخرى(١).

والثاني : الاقتصار على موضع الحاجة :

وذلك لأن الكشف جائز للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، وعليه فلايجوز أن يكشف غير الموضع المحدد لإجراء الفحص الطبي عليه أو موضع إجراء الجراحة، وقد روى عن عطاء بن أبي رباح -رضي الله عنه- "في إمرأة في رأسها سلعة لاتستطيع النساء أن تداويها قال: يخرق في خمارها قدر السلعة ثم يداويها الرجال"(٢)، ومانكره أيضاً بن قدامه "ويباح للطبيب النظر إلى ماتدعو إليه الحاجة من بدنها من العورة وغيرها فإنه موضع الحاجة"(٣)، وقال الزركشي -رحمه الله- "قال القفال في فتاويه : والمرأة إذا قصدها أجنبي عند فقد إمرأة أو محرم لم يجيز لها كشف جميع ساعدها بل عليها أن تلف على يدها ثوب، ولاتكشف إلا القدر الذي لابد من كشفه ولوزادت عليه عوقبت من الله تعالى"(٤).

---

(١) أنظر في ذلك، حاشية ابن عابدين ج٥ ص٢٣٧ - طبع القاهرة- ١٣٢٣هـ، روضة الطالبين ، أبي زكريا يحيي بن شرف ، للنووي ج٧ ص١٣٠ ط٢، المكتب الإسلامي.

(٢) أنظر المبسوط للإمام شمس الأئمة أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ج١ ص٥٦ مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٠.

(٣) أنظر المغني لابن قدامه ج١ ص٤٥٨ طبع دار الكتاب الجامعي سنة ١٣٤٧هـ.

(٤) المنثور في القواعد ج٢ ص٣٢١.

ومما سبق نجد أن الفقه الإسلامي كان دائماً سباقاً إلى وضع الضوابط والأحكام المتعلقة بالفحص الطبي بواسطة الجراحين أو الأطباء سواء بالنسبة للمريض أو المرأة المريضة، الأمر الذي يساعد على وضوح العلاقة بين الجراح ومريضة أو مريضته، ولذا نهيب بالمشرع بأن يتدخل لوضع الأحكام التشريعية الخاصة التي تحكم العلاقة بين الجراح أو الأطباء والمرضى، وذلك مسترشداً بأحكام الفقه الإسلامي والتي وضعت للحفاظ على الدين والنفس والمال والنسل والعقل والتي أشرنا إليها سابقاً، وحتى لاتخضع العلاقة بين الجراح والمريض للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي في ظل الغياب التشريعي الذي يحكم هذه العلاقة بنصوص واضحة كما جاءت بالفقه الإسلامي.

المبحث الثاني

أحكام التخدير الجراحي

١٧- إن مرحلة التخدير الجراحي من المراحل التمهيدية، والسابقة على إجراء العملية الجراحية بمعرفة الجراح حيث يتم تهيئة البدن للعملية الجراحية، بوضع المريض تحت تأثير البنج لكي يستطيع تحمل آلام التدخل الجراحي.

ومرحلة التخدير مرحلة خطيرة، إذ أنه لو أخطأ الجراح أو الطبيب المخدر في مقدار الجرعة أو مكانها فإن النتيجة ستكون مضاعفات خطيرة قد تنتهي بوفاة المريض، ولذا نجد أن تخدير المريض يحتاج إلى نوع من الحيطة، والتأكد من مدى قابلية المريض لتحمله.

هذا وسنتناول في هذا البحث بيان مفهوم التخدير سواء من ناحية تعريفه وأنواعه ثم نوضح مشروعيته في الفقه الإسلامي، ومدى مسئولية الجراح عن الخطأ في التخدير سواء تم ذلك بمعرفته مباشرة أو بالاستعانة بطبيب تخدير تحت إشرافه، ثم نوضح أيضاً موقف الفقه الإسلامي من مشروعية التخدير، وأحوال الحاجة إليه في مطالب على الوجه الآتي:

المطلب الأول

تعريف التخدير الجراحي وأنواعه

١٨- نوضح في هذا المطلب تعريف التخدير الجراحي، وبيان أنواعه المختلفة وذلك تمهيداً لبيان مسئولية الجراح عن ذلك في المطلب التالي:

أولاً : تعريف التخدير الجراحي :

١٩- التخدير لغة[١] يعني الاسترخاء والضعف والكسل والفتور.

أما في الاصطلاح[٢] : فهو استخدام الوسائل والمواد التي تؤدي إلى زوال الحس جزئياً أو كلياً لدى المريض بهدف إجراء تدخل جراحي.

والتعريف السابق يوضح لنا أن التخدير المشروع هو الذي يكون بقصد إجراء تدخل جراحي، ولقد تقدمت عمليات التخدير، وتزايد الدور الذي يؤديه طبيب التخدير في العمليات الجراحية، ولقد تطورت الأدوات والمواد المستخدمة في تخدير المريض حيث تستخدم المواد الكيميائية في تخدير المريض مثل البنج، كما قد يتم تخدير المريض باستخدام الآلات أيضاً مثل استخدام الإبر الصينية الآن في تخدير المريض وزوال الحس لديه، ولذا نجد أنه يلزم أن نوضح أنواع التخدير الجراحي، والتي يكون لها أثراً هاماً في تحديد مسئولية الجراح عن الخطأ في التخدير على الوجه الآتي :

---

(١) أنظر المعجم الوسيط ج١ ص٢٢٠ مادة (خدر) حيث جاء فيه [ويقال خَدِر من الشراب أو الدواء، خدر جسمه وخدرت عظامه، وخدرت يده أو رجله، ويقال: خدره الشراب، وخدره المرض، والمخدر مادة تسبب في الإنسان، والحيوان فقدان الوعي بدرجات متفاوته كالبنج، والحشيش والأفيون والجمع مخدرات].

(٢) أنظر في تعريف التخدير الجراحي، د/ شفيق الايوبي، التخدير الموضعي، ص٧.

ثانياً : أنواع التخدير الجراحي[١] :

٢٠- تتنوع عمليات التخدير الجراحي للمريض، وذلك تبعاً لنوع العمليات الجراحية التي تجرى له، ونجد أن نوع التخدير يحدده الجراح المسئول عن إجراء الجراحة، وذلك بالتشاور في الأمر الغالب مع طبيب التخدير إذا استعان به، فنجد أن التخدير الجراحي إما أن يكون جزئياً أو كليا، إما أن يكون نصفياً أو موضعي، وسنلقي الضوء على مفهوم كل من نوع الشئ من الإيجاز على الوجه الآتي :

أ- التخدير الجزئي أو العكس :

- **التخدير الجزئي** : إنما يكون في حالات معينة، وخاصة في جراحات معينة مثل: جراحة الأطراف حيث يلجأ الطبيب المخدر إلى حقن العصب الرئيسي، وماحوله بالمخدر مما يحدث حالة من انعدام الإحساس فترة من الزمن، قد تطول أو تقصر حسب الكمية المعطاة للمريض، والتي تتم بحسب الفترة الزمنية التي سيستغرقها الجراح لإجراء العملية الجراحية.

- **أما التخدير الكلي** : فهو الحالة التي ينتقل فيها المريض إلى مرحلة اللاوعي أو اللاشعور الكامل، وفيها يفقد المريض الإحساس بالألم، والارتخاء العضلي التام لكل أجزاء الجسم، وأيضاً يتوقف تخدير المريض كلياً حسب نوع الجراحة المطلوبة، ومثالها الجراحات في القلب أو الكلى وغيرها من الجراحات التي يقرر فيها الجراح التخدير الكلي. والتخدير الكلي يتم بوسيلتين : الأولى: إعطاء المريض التخدير في الوريد، والذي يسبب ارتخاء

---

(١) أنظر في عرض أنواع التخدير الجراحي بالتفصيل، د/ محمد فاعور، الشفاء بالجراحة ص٣١٢/٣١٤ - ط الأول ١٩٨٦م دار العلم للملايين - بيروت - د/ شفيق الأيوبي، التخدير الموضعي ص٧- مطبعة جامعة دمشق ١٣٩٣هـ الطبعة الرابعة.

كـامـلاً في العـضـلات، والثـانيـة : تقـضي بإعطاء المريض غـازات منومـة مصحوبة بالأكسجين الضروري لحياة خلايا الجسم.

ثانياً : التخدير النصفي أو الموضعي :

- **التخدير النصفي** : يتم عادة بحقن محيط السائل الشوكي بسائل مخدر يترتب عليه انعدام الإحساس كلياً في النصف الأسفل من الجسد، حيث يبقى المريض في حالة الوعي الكامل، ويتم ذلك في العمليات البسيطة مثل جراحات الشرج والبروستات.... إلخ.

- **أما التخدير الموضعي** : فيتم بالاستعمال الظاهري للبنج عن طريق رش موضع الألم أو بإعطاء حقنة بنج تحت الجلد ينجم عنها تخدير موضعي لمكان الألم، وتتم ذلك في العمليات البسيطة أيضاً مثل خلع الأسنان أو إزالة الأكياس الدهنية.

ومما سبق نجد أن كل نوع من أنواع التخدير له حالات معينة في الاستعمال، والتي يكون المسئول عن تحديدها هو الجراح، ومعه طبيب التخدير إذا استعان به في غرفة العمليات، ولكن لنا أن نسأل عن مدى مشروعية التخدير فى الفقه الإسلامى؟ هذا ماسنوضحه في المطلب التالي:

المطلب الثاني

مشروعية التخدير في الفقه الإسلامي

٢١- إن عملية التخدير الجراحي إنما تتم بمواد مخدرة، وذلك بغرض عدم الإحساس بألم العملية الجراحية، ولقد اتفق الفقهاء[١] على حرمة تناول أى قدر منه ولو يسير بقصدر الشهوة والمتعة، وكذلك حرمة تناول القدر المؤثر على العقل من المخدرات لقوله تعالى ﴿**يا أيها الذين آمنوا إنما الخمرُ والميسرُ والأنصابُ والألامُ رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه**﴾[٢].

- ولكن هل استعمال المواد المخدرة في التخدير الجراحي، أي بغرض عدم إشعار المريض بالألم أثناء الجراحة مشروعاً ؟

٢٢- بالنسبة للقوانين، واللوائح لايوجد فيها مايمنع استخدام المواد المخدرة في عمليات التخدير الجراحي طالما أنها تستخدم وفقاً للأصول العلمية المرعية، أي أنها مشروعة الاستخدام طالما أن استخدامها يكون بالقدر المناسب لإزالة الإحساس بالألم أثناء العملية الجراحية، أما استخدامها بغير غرض شرعي، فإن القانون يمنع ذلك حيث يعاقب على جريمة السُكْر

---

(١) أنظر مجموع الفتاوي لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية ج٢ ص٣٨٧ تصوير الطبعة الأولى بدار العربية للطباعة والنشر بلبنان سنة١٣٩٨هـ وجاء في مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدعيني المعروف بالحطاب- الطبعة الأول بمطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٣٩هـ. ج١ ص٩٠ "للمتأخرين في الحشيشة قولان: هل هي من المسكرات أو من المفسدات مع اتفاقهم على المنع من أكلها...." وانظر حاشية ابن عابدين ج١ ص٤٥٥ حيث جاء بها "..... وإلا فالحرمة عند قصد اللهو ليست محل الخلاف بل متفق عليه...". أنظر المبسوط للسرخسى ج٢٤ ص٩ حيث جاء به "البنج لابأس بأن يتداوى به الإنسان فإذا كان أن يذهب عقله منه فلاينبغي أن يفعل ذلك...". أنظر د/ إبراهيم مصطفى أدى، أحكام التداوي والتطبيب في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة-رسالة دكتوراة - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - المعهد العالي للقضاء ص٥٩٨ ومابعدها.

(٢) سورة المائدة آية ٨٩.

البيّن (أنظر المادة السابقة من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٦[١]) من قانون العقوبات المصري)، وإن كان الأمر من وجهة نظراً يحتاج إلى تعديل ليتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية...

ولكن هل هذا هو موقف الفقه الإسلامي من استخدام المواد المخدرة في التخدير الجراحي :

٢٣- لقد اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل أي في بيان حكم التخدير بالمواد المخدرة وخاصة إذا أشار بعض الأطباء ذوي المهارة في الطب والثقة في الدين استعمالها على قولين :

الأول : قال به جمهور الفقهاء[٢] حيث قالوا بجواز استخدام المواد المخدرة للتخدير الجراحي للمريض وقد استند أصحاب هذا الرأي في تأييد رأيهم إلى :

أ - **القياسي :** وذلك بقياس حالة المريض على حالة المضطر لدفع المخمصة، فكما أنه يباح له تناول المحرمات كالميتة، والدم ليسد رمقه ويبقي حياته، فكذلك المريض إذا خاف على نفسه الهلاك أو تعطل عضو جاز له أن يتناول الأدوية المحرمة بما فيها المواد المخدرة وغيرها لأن الضرورات تبيح

---

(١) نصت المادة السابقة من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٦م بشأن حظر شرب الخمر والسكر البين على أنه "يعاقب كل من يضبط في مكان عام أو في محل عام في حالة سكر بين بالحبس الذي لايقل مدته عن أسبوعين ولاتزيد على ستة أشهر أو غرامة لاتقل عن عشرين جنيه ولاتجاوز مائة جنيه ويجب الحكم بعقوبة الحبس في حالة العود). وأنظر المادة ٢.١ من القانون المذكور بشأن حظر شرب الخمور.

(٢) أنظر المبسوط للسرخسي ج٤ ص٩ حيث جاء به "... البنج لابأس بأن يتداوى به الإنسان فإذا كان يذهب عقله فلاينبغي أن يفعل ذلك..."، أنظر روضة الطالبين للنووي ج١٠ ص١٧١ ط٢- المكتب الإسلامي حيث قال النووي "مايزيل الفعل من غير الأشربة كالبنج حرام، ولكن لاحد في تناوله،'ولو احتج في قطع اليد المتاكلة إلى زوال عقله هل يجوز ذلك؟ قلت : الأصح الجواز، ولا احتاج إلى دواء يزيل العقل لغرض صحيح جاز تناوله قطعاً". وجاء في الأنصاف للمرداوي ج٨ ص٤٣٨ - تحقيق الفقي - ط١- دار أحياء التراث العربي "قال في الجامع الكبير إن زال عقله بالبنج نظرت فإن تداوى به فهو معذور يكون الحكم فيه كالمجنون، وإن تناول مايزيل عقله لغير حاجة كان حكمه كالسكران، والتداوي حاجة". أنظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد بن عرفه الدسوقي ج١ ص٥٠ ط١ عيسى الحلبي- أنظر وفيات الأعيان ج٣ ص١٣، معجم المؤلفين لرضا كحاله ج٧ ص١٠٧ مطبعة الترقي دمشق سنة ١٣٧٧هـ.

المحظورات، ولأن الشارع أباح ارتكاب أدنى المفسدتين لتفويت اعلاها ضرراً إذا دعت الحاجة إلى ذلك ولم يكن له بد(١).

ب- كما استندوا إلى القاعدة الفقهية "المشقة تجلب التيسير"(٢). فإن الجراحة الحية بدون تخدير إنما تسبب ألماً وشقاءً للمريض قد لايقدر على احتماله، ولذا كان التخدير بالبنج هو الوسيلة لإزالة هذه المشقة، وكان استعمال البنج في التخدير مشروعاً، ولكن ذلك على سبيل الاستثناء من الأصل العام وهو الحرمة، وهو الاستثناء أيضاً يرجع إلى الضرورة أو الحاجة الداعية إلى ذلك لقوله تعالى **﴿وقد فصّل لكم ما حرّم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾**(٣)، وما اضطر إليه فهو غير محرم عليه من مأكول أو مشروب(٤).

أي أن استخدام البنج وفقاً لأصحاب هذا الرأي إنما يكون في أحوال الحاجة إليه وبالقدر والنسبة والمكان الذي يزيل المشقة عن المريض، فإن كانت العملية الجراحية يمكن إجراؤها بالبنج الموضعي فيجب استخدام البنج الموضعي، ولايجوز استخدام التخدير الكلي حيث لاحاجة إلى ذلك، ولاضرورة فالضرورة تقدر بقدرها، ولهذا لايجب أن يعدل إلى التخدير الكلي في هذه الحالة إلا إذا وجدت ضرورة إلى ذلك. كما أن التخدير يجب أن يكون بالنسبة والقدر حسب الحاجة ووفقاً للأصول العلمية ولايجوز العدول عنها على وجه المخاطرة والتجربة وخاصة أن المواد المخدرة تعتبر

---

(١) أنظر أحكام التداوي بالمحرمات د/ محمد ناظم النسيمي ص٣٩/٤٠ ط١ ١٣٩١هـ/١٩٧١م، مكتبة البلاغة – حلب.

(٢) أنظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص٧٦.

(٣) سورة الانعام آية (١١٩).

(٤) المحلي للإمام محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ج٨ ص١٣٤/١٣٥ الطبعة الأولى بالمطبعة المنيرية بمصر سنة ١٣٥١هـ.

سامة وقاتلة إذا ازدادت عن النسب العلمية المحددة.

أما الرأي الثاني : فقال بالحرمة المطلقة في استخدام المود المخدرة لإزالة الإحساس ولو تعرض التخدير الجراحي مهما كان قدر الكمية المستخدمة منه(١).

وقد اعتمد أصحاب هذا الرأي على ظاهر النصوص التي جاءت بتحريم الخمر والمسكرات من غير استثناء فتشتمل الحرمة استعمالها في التخدير الجراحي والعلاجي، حيث استندوا بما ثبت في الصحيح عن النبي ﴿ﷺ﴾ «أنه سئل في الخمر يتداوى بها فقال : إنها داء وليس دواء»(٢).

ومارواه أبو هريرة أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الدواء الخبيث.

أما إذا استخدم الإنسان البنج بقصد اللهو واللعب أويقصد التغيب لعقله تشبهاً بالحشاشين وأمثالهم فإن أمثال هذا الإنسان يندرجون في قائمة المتعاطين للمواد المفترة، وهذا حرام بلاخلاف(٣).

٢٤- **والراجح** : هو ماذهب إليه أصحاب الرأي الأول من جواز استعمال البنج كمواد مخدرة للعلاج الجراحي في حالة الضرورة القصوى التي يقرر

---

(١) قال بهذا الرأي ابن تيميه، وابن القيم حيث جاء في السياسة الشرعية لابن تيمية ص١٠٧ ط٤ - دار الكتاب الجامعي، والصواب ماعليه جماهير المسلمين أن كل مسكر خمر يجلد شاربه، ولو شرب منه قطرة واحدة لتداو، أو غير تداو فإن النبي سئل عن الخمر أيتداوى بها قال : إنها داء وليست بدواء، وإن الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها".

وجاء في مجموع الفتاوى لابن تيمية ج٣٤ ص٢١١ ... وكل مايغيب العقل فإنه حرام، وإن لم تحصل به تشهوه ولاطرب، فإن تغيب العقل حرام بإجماع المسلمين، وأما ماتعاطى البنج الذي يسكر، ولم يغيب العقل ففيه التعزيز".

(٢) أخرجه ابن ماجه ج٣ ص٣٧٤ مطبعة البابلي الحلبي مصر سنة ١٣٧٢هـ. مسلم ج٦ ص٨٩.

(٣) أنظر د/ إبراهيم مصطفى أدى، مرجع سابق، ص٥٩٩.

الأطباء ضرورة استعمالها علاجاً، لأن الضرورات تبيح المحظورات، على أنه في هذا الوقت فإن الاستعمال الطبي للمواد المخدرة ينحصر في حدود ضيقة جداً بل يكاد الطب يغفل استعمالها نهائياً نتيجة للتجارب والبحوث العلمية، ولهذا نجد أن الفقهاء الذين أجازوا تناول اليسير من هذه المواد المخدرة للتداوي قد قيدوه بشروط منها: أن تتعين هذه المادة علاجاً للمريض بحيث لايوجد لها بديل من الأدوية المباحة يمكن أن يقوم مقامه، وأن يكونْ استخدامها بالقدر المناسب لإزالة الألم لأن الضرورة تقدر بقدرها. وإن كان البنج كمخدر للمريض للتدخل الجراحي قد أصبح ضرورة لايمكن الاستغناء عنه.

- ولكن نتساءل عن مدى مسئولية الجراح عن أعمال التخدير الجراحي؟ هذا ماسنوضحه في المطلب التالي..

المطلب الثالث

مسئولية الجراح عن أعمال التخدير

٢٥- وضحنا من قبل مفهوم التخدير الجراحي، وأنواعه، ومشروعيته باعتباره مرحلة سابقة على التدخل الجراحي ولذا في هذا المطلب سنتناول بيان مسئولية الجراح عن الخطأ والأضرار التي تحدث نتيجة له في التخدير الجراحي حيث يستلزم ذلك أن نفرق بين حالتين :

الأولى : قيام الجراح بنفسه بعملية التخدير للمريض دون الاستعانة بطبيب تخدير متخصص:

٢٦- لاشك في مسئولية الجراح عن خطأ التخدير في هذه الحالة تجاه المريض،

وأساس المسئولية هنا يرجع إلى عقد العلاج الطبي المنعقد بينه وبين المريض، فمسئولية الجراح تكون مسئولية عقدية، وتخضع مسئولية الجراح عن خطئه في التخدير الجراحي للقواعد العامة للمسئولية، نظراً لعدم تدخل المشرع بأحكام خاصة لمسئولية الجراح - وهو الأمر الذي ننشده من المشرع للتدخل بأحكام خاصة تكون بمثابة ضوابط للتدخل الجراحي من قبل الجراح، لأن العمليات الجراحية إنما تمس حياة الإنسان التي تحتاج دائماً إلى خصوصية في حمايتها حيث يستلزم المساس بها ضرورة الحيطة والحذر للتأكد من مدى قابلية المريض لتحمله الجراحة والنتائج المترتبة عليها الأمر الذي يستلزم ضرورة تدخل المشرع بأحكام خاصة لضبط إجراء العمليات الجراحية بواسطة الجراحين- فقد حمل القضاء الجراح المسئولية عن خطئه اليسير لقيامه بعملية التخدير على وجه السرعة دون اتخاذ الاحتياطات الطبية الكافية، فاستعمال البنج يقتضي من الجراح أو الطبيب المخدر نوع من الحيطة للتأكد من مدى قابلية المريض لتحمله(١)، وخاصة إذا لم تكن هناك ضرورة عاجلة تستلزم إجراء العملية الجراحية(٢)، وعليه بصفة خاصة مثلاً أن يتأكد من أن معدة المريض خالية من الطعام قبل أن يبدأ بتخديره(٣)، ويعتبر الجراح مخطئاً إن هو لم يراقب حالة المريض، ونبضات قلبه حتى لايعطيه من البنج إلا الكمية التي يستطيع أن يتحملها، كما يجب على الجراح أن يتسعين بأحد زملائه لتتبع حالة المريض أثناء إعطاء البنج لمواجهة ماقد يطرأ عليه من تغيرات ومساعدته في عمل الاسعافات اللازمة. وقد قضى القضاء بأن

---

(١) Froge, Anaesthésie et responsabilité, 1972-P. 53 - Auxerre 3 nov 1963. P.1964.15.

(٢) Mors 26 avr 1421 G.P. 1921 - 2- 162.

(٣) مرسيليا ١٩٢١/٤/٢٦ جازيت باليه ١٩٢١-٢-١٦٢- استئناف انجيه ١٩٢٦/٨/٥م.

إهمال الجراح لكل هذه الاحتياطات يكفي وحده للحكم عليه بالمسئولية بغير حاجة إلى أخذ رأي أهل الخبرة في ذلك [١] وإذا كان الجراح يعتبر مسئولاً عن كل إهمال يقع منه في إعطاء البنج للمريض، ومراقبة حالته إلى أن يفيق فإنه يكون بمأمن من كل مسئولية إذا اتبع أصول الفن واتخذ من جانبه جميع الاحتياطات اللازمة[٢].

الثانية : استعانة الجراح بطبيب تخدير :

٢٧- قبل أن نوضح مسئولية الجراح في حالة استعانته بطبيب تخدير يجب أن نوضح مدى التزام الجراح بالاستعانة بطبيب متخصص في التخدير :

مدى الزامية الجراح بالاستعانة بطبيب تخدير :

٢٨- إن مسألة الزام الجراح بضرورة الاستعانة بطبيب تخدير عند إجراء الجراحة، وخاصة في حالة عدم الضرورة والاستعجال، كانت دائماً محل بحث، وخلاف في القضاء الفرنسي، وخاصة مع التقدم العلمي الهائل لعملية التخدير، وللدور الذي يؤديه طبيب التخدير في العمليات الجراحية، أصبح الالتجاء إليه في هذا الميدان على درجة كبيرة من الحيوية، إذ يقضي طبيب التخدير مع المريض مدة أطول من التي يقضيها معه الجراح، فهو يتدخل قبل الجراحة لتخدير المريض بعد فحصه، ويستمر معه في مراعاة حالته أثنائها، ثم تأتي بعد ذلك مهمته في إفاقة المريض، والاطمئنان على حالته[١].

---

(١) أنظر مرسليا ١٩٢١/٤/٢٦ جازيت باليه ١٩٢١ -٢ - ١٩٦٢- داللوز ١٨٩٥-٢-٦٩ جازيت باليه ١٩٣١/٤/٢٠.

(٢) داللوز ١٩٠٧-٢-٤٤.

ولهذا اتجهت غالبية أحكام القضاء الفرنسي[٢] إلى إدانة الجراح، وتحقق المسئولية المدنية والجنائية، في حالة عدم استعانته بطبيب تخدير متخصص، وخاصة في غير حالة الاستعمال، أي أن الجراح وفقاً لتلك الأحكام ملزم باستدعاء طبيب التخدير المتخصص لمساعدته في حالة العمليات لتخدير المريض وإلا تحققت في جانبه المسئولية.

وإن كانت هناك بعض الأحكام الفرنسية قد اتجهت إلى عكس ذلك بعدم إدانة الجراح لعدم استدعائه طبيب التخدير، وإقدامه على إجراء التخدير بنفسه، ونصت أيضاً بعدم إدانته إذا استدعى طبيب آخر غير متخصص لإجراء عملية التخدير[٣].

٢٩- **ولكننا نرى** أنه يجب على المشرع أن يتدخل بنص تشريعي يلزم بمقتضاه الجراح بضرورة الاستعانة بطبيب متخصص في التخدير الجراحي، وخاصة أن التخدير أصبح تخصصاً هاماً في مجالات الطب، ولأنه أصبح علماً معقد التركيب والاستخدام، وله آثار خطيرة على حياة المريض إذا لم يستخدم وفقاً للأسلوب العلمي الصحيح، ولذا يجب على الجراح أن يستعين في إجراء التخدير الجراحي بطبيب متخصص في التخدير وخاصة في حالات عدم الاستعجال والضرورة، إلا وقع في خطأ يستوجب مسألته مدنياً وجنائياً.

ومما يؤيد ذلك الرأي اتجاه القضاء المصري إلى الزام الجراح

---

(١) أنظر د/ محمد حسين منصور، المسئولية الطبية ص٥٧، الناشر منشأة المعارف - الإسكندرية.

(٢) Civ - 1979 No. 35 H- P.274- Civ 21-11-19778-Dalloz. 1980 IR 170 et B. Crim 26-1-1977 D. 1977 IR 102 Bull - Crim 18-11-1976- Dalloz. 1977 IR 21 J.C.P. 1977-11-18617 Bull.

(٣) Crim 9-11-1977 o GP. 1978-1-233 note P.J.Doll, D. 1978 IR.P.71 obs Roujou de Boubee- Crim 9-1-1979 J.C.P. 1980-77-1927 obs Fchabas.

بضرورة اتخاذ الحيطة، والحذر سواء قبل إجراء الجراحة أو أثناء تنفيذها، واتجه إلى تقرير مسئولية الجراح المدنية والجنائية عن أخطائه الناشئة عن إهماله أو رعونته، وعدم احتياطه أو احترازه قبل وأثناء تنفيذ العملية الجراحية، والتي يشملها بلاشك ضرورة استعانته بطبيب متخصص في التخدير، وذلك من قبيل الحيطة والحذر اللازمين في الجراح، وخاصة في حالة عدم الاستعجال(١).

ولكن هل يسأل الجراح الذي يستعين بطبيب متخصص في التخدير عن الخطأ في التخدير؟

٣٠- للإجابة على هذا السؤال يجب أن نفرق بين عدة حالات الأولى : استعانة الجراح بطبيب التخدير دون إذن من المريض، والثانية: موافقة المريض على الاستعانة بطبيب التخدير، والثالثة: تعيين إدارة المستشفى طبيب التخدير الذي يعمل لديه لمساعدة الجراح في تخدير المريض.

هذا وسنوضح مدى مسئولية الجراح عن الخطأ في التخدير بالنسبة لكل حالة من الحالات على الوجه الآتي :

---

(١) نقض ١٩٦٦/٣/٢٢، مجموعة أحكام النقض س١٧ رقم ٨٨ ص٦٣٦، نقض ١٩٧٠/٤/٢٠، مجموعة أحكام النقض س٢١ رقم ١٤٨ ص٦٢٦. وقضت محكمة النقض في ١٩٧٣/٤/١١ بإدانة أخصائي في الجراحة لعدم اتخاذه كافة الاحتياطات التامة لتأمين نتيجة الجراحة التي يجريها في العينين معاً، وفي وقت واحد، وخاصة أنه لم تكن هناك حاجة إلى الإسراع في إجراء جراحة العيون، حيث أدانه عن جريمة إصابة خطأ، لأنه قام بإجراء الجراحة للمريض دون اتخاذ الحيطة الواجبة والتي تتناسب وطبيعة الأسلوب الذي اختاره، تعرض المريض بذلك لحدوث مضاعفات سيئة في العينين معاً، وفي وقت واحد مما تسبب معه فقدان المريض للإبصار كلياً في العينين" أنظر نقض ١٩٧٣/٤/١١، مجموعة أحكام النقض س٢٤ رقم ٤٠ ص١٨٠، وقد أشار إلى ذلك الحكم أيضاً د/أسامة فايد، مرجع سابق ص٢٥٨/٢٥٩.

أولاً: استعانة الجراح بطبيب التخدير دون إذن المريض :

٣١- يعتبر مسئولاً عن الأخطاء التي تصدر من طبيب التخدير إذا كان قد التجأ إليه من تلقاء نفسه دون الحصول على إذن المريض، ويكون مسئولاً (مدنياً وجنائياً) في مواجهة المريض، على أساس مسئوليته العقدية. ولكن يثور التساؤل عن الأساس القانوني الذي يستند إليه لتقرير مسئولية الجراح عن خطأ طبيب التخدير أو بمعنى آخر هل تقوم علاقة تبعية بين الجراح وطبيب التخدير في هذه الحالة حتى تتقرر مسئولية الجراح باعتباره متبوعاً، وطبيب التخدير تابعاً ؟

- اتفق غالبيه الفقه والقضاء على أن علاقة الجراح بغيره من المساعدين الذي يختارهم لمساعدته في العملية الجراحية إنما هي علاقة تبعية، والمتبوع يسأل عن أفعال تابعية[١]، بموجب المادة ١٧٤ مدني[٢]، المادة ٥/١٣٨٤ مدني فرنسي والتي تنظم مسئولية المتبوع عن أفعال تابعة ويشترط لتوافر هذه العلاقة :

أ- وجود علاقة تبعية بين التابع المتسبب في الضرر، وبين المتبوع والمسئول عن التعويض.

ب- أن يكون التابع قد ارتكب خطأ أصاب الغير بضرر.

---

(١) أنظر مؤلفنا "مسئولية المتبوع عن انحراف (خطأ) تابعه "دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي- دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٠.

(٢) نصت المادة ١٧٤ على أنه"

١- يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها.

٢- وتقوم رابطة التبعية. ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة في رقابته وفي توجيهه"

جـ- أن تكون هناك ثمةعلاقة بين الخطأ والوظيفة التي يقوم بها التابع، بأن يكون ارتكابه للخطأ حال تأدية الوظيفة أو أثنائها.

ومعيار التبعية هنا هو مايملكه المتبوع من سلطة فعلية في رقابة تابعيه وتوجيهه، فهل في ظل هذه الشروط يمكن القول بمسئولية الجراح عن عمل طبيب التخدير؟

٣٢- ذهب جانب من الفقه إلى القول بمسئولية الجراح عن الأخطاء التي تصدر من الطبيب المخدر إذا كان قد التجأ إليه من نفسه، ليتولى بدلاً منه عملية التخدير، حيث تتحقق المسئولية العقدية عن فعل الغير هنا بين الجراح وطبيب التخدير(١)، ففي هذه الحالة يعد طبيب التخدير تابعاً للجراح، ويقوم بعمل يشكل جزءاً رئيسياً من التزامات الأخير(٢)، لأنه توجد رابطة تبعية طبية بين الجراح وطبيب التخدير(٣) حيث اكتفى الأخير في تخصصه بالعمل إلى جانب الجراح، وتزويده بالآراء المفيدة عند الحاجة، وعندما يقوم هذا الجراح بالعملية الجراحية يكون رئيس الفريق الذي يعمل معه، ومنهم طبيب التخدير، وبالتالي تتحقق مسئولية الجراح من خطأ طبيب التخدير، استناداً إلى المسئولية العقدية عن فعل الغير- حيث توجد رابطة عقدية بين الجراح والمريض وبالتالي فلايحق للمريض أن يجمع بين المسئولية التقصيرية في مواجهة طبيب التخدير، المسئولية العقدية في

---

(1) Civ. 18 Oct 1960 J.C.P. 1960, 11846, note R. Savtier.

(2) Jeam. Pierre Karaouillo, les responsabilités civies médicales docoulant de l'acte d'anesthésie, D. 1974. P. 183 surlout no.
- Civ 18 Oct 1960 D.1961 - 125, Bordeaux 26- Fev. 1964 G.P. 1964-2-4.
- Angers 11 mars 1971 D. 1973 - 82 note savatier.

(3) Rerailles. 11 déc. 1970 J.C.P 19707, 11, 16755, note N.S. Paris, 14 Févr 1958 J.C.P. 1958, 11, 10533, note savatier. Civ 15 nov 1955 Dalloz 1956, 113, note savatier.

مواجهة الجراح لأن ذلك يتعارض مع المبادئ القانونية المستقرة في تحديد نطاق كل من المسئوليتين التقصيريتين والعقدية وتمنع الخبرة أو الجمع بينهما، والواقع أن انعقاد المسئولية التقصيرية لطبيب التخدير في مواجهة المريض يرتبط بالعلاقة العقدية بينه وبين الجراح. وهذا لايمنع من أن تكون المسئولية عقدية في العلاقة بين المسئول عن الغير والمتضرر المتعاقد معه(١).

٢٣- ولكن ذهب البعض الآخر : إلى عكس ذلك بالقول بعدم مسئولية الجراح عن الأخطاء التي تصدر من طبيب التخدير الذي اختاره دون إذن من المريض، وخاصة مع التطور الكبير الذي أحاط بعملية التخدير، فالتخدير أصبح الآن فناً علمياً يقوم به المتخصصون، وأصبح طبيب التخدير يحتل دوراً بارزاً بين الأطباء، وبعد أن كان مجرد تابعاً يقتصر دوره على ضمان عدم تألم المريض، وثباته أثناء العملية الجراحية، اتسع اختصاصه ليشمل تنظيم الدورة الدموية أثناء الجراحة، وتنظيم التنفس للمريض أثناء العملية الجراحية، كما أن طبيب التخدير أصبح له دور أهم قبل إجراء عملية التخدير والجراحة حيث يقوم بإجراء العديد من الفحوص الطبية ليتبين حالته قبل عملية التخدير، وليتمكن من تحديد نوع وكم التخدير اللازمة له، كما لاينكر دوره الهام في السيطرة على المريض بعد إجراء الجراحة من خلال عملية إفاقته، وبفضل تطورعلم التخدير أصبح من الممكن إجراء العديد من العمليات الجراحية المعقدة، والتي تستغرق وقتاً طويلاً بحيث تضاءلت أهمية عنصر سرعة وبراعة الجراح أمام تطور فن التخدير، الأمر الذي حدا بأصحاب هذا الرأي إلى إنكار صفة التابع على الطبيب المخدر

---

(1) Paris 14 Févr 1958 J.C.P. 1958,11, 10533, note-savatier. Civ 18 Oct, 1960, J.C.P. 1960, 11, 11846 note Rsavatier "Le chirurgien repond... des Fautes que peut commettre" l'anaesthésists.

للجراح، وقد استندوا في تأييد رأيهم إلى القول بأن الطبيب المخدر لايمكن اعتباره تابعاً لغيره في ممارسة عمله الفني[١] حيث يتمسك أصحاب هذا الرأي في الفقه الفرنسي بالمادة التاسعة من قانون الصحة الفرنسي التي تقرر عدم إمكانية تصرف الطبيب في استقلاله المهني تحت أي شكل من الأشكال"، وحكم هذا النص يمس مباشرة وضع طبيب التخدير بالنسبة للجراح[٢]، كما صدرت في فرنسا بعض القوانين الخاصة التي تنظم عمل أطباء التخدير، بطريقة يمكن الجزم معها أن مكانة طبيب التخدير الآن لاتقل أهمية عن مكانة الجراح، ولذا ذهب أصحاب هذا الرأي القائل باستقلال طبيب التخدير عن الجراح إلى تأييد رأيهم أيضاً بالقول بأن رابطة التبعية تأسست على حق المتبوع في توجيه أوامر وتعليمات إلى التابعين، وقد انتفت بنص المادة التاسعة، ولذا فإن الطبيب المخدر لايستطيع أن يتصرف في استقلاله المهني وبالتالي لايمكن أن يكون تابعاً لزميله الجراح[٣] .

وقد تأكد الاستقلال بين الجراح وطبيب التخدير في بعض أحكام القضاء الفرنسي[٤]، حيث ذهبت بعض أحكام القضاء إلى عدم مسئولية الجراح عن أخطاء طبيب التخدير[٥]، طالما أن المريض لم يعترض على

---

(١) انقسم القضاء الفرنسي في الاعتراف بصفة التابع للطبيب، وأنظر في ذلك.
Trib. Bélhune - 7 Fevr 1936 D.H.. 1936, 435- Grenoble 29 Oct 1907 D. 1904, 2, 300.
- Vilar (C) : L'evolution des responsabilitiés du chirurgien et de l'anésthesiste, R.T. 1974 P. 756 N. 38.

(٢) أنظر د/ محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية في ظل القواعد القانونية التقليدية، الناشر مكتبة الجلاء – المنصورة ص٦٩/٧٠.

(٣) Vilar (c) No. 17 P. 748.

(٤) Montpeller, 5 mai 1971 - GP 1972, 7, 53.

(٥) Aix, 26 nov 1969, la presse médicale 11- Janv, 1970, 134 note L.K.

تواجده، إذ يفترض نشوء عقد ضمني بين الطرفين، ومن ثم فإن كل من الجراح وطبيب التخدير يسأل عن الأخطاء التي تصدر منه سواء قبل العملية أو أثناءها أو بعد الانتهاء منها[١].

٣٤- **ولكننا نرى** : أن الراجح هو مسئولية الجراح عن خطأ طبيب التخدير الذي تعاقد معه دون إذن المريض وذلك تأسيساً على المسئولية العقدية عن فعل الغير، لأن في ذلك حماية للمريض الذي أصيب بضرر نتيجة خطأ طبيب التخدير الذي لم يتعاقد معه، وإنما تعاقد مع الجراح الذي يلتزم بإجراء الجراحة والتخدير جزء من التزامه، ولذا فإنه يظل مسئولاً عن خطئه الشخصي تجاه المريض استناداً إلى عقد العلاج الطبي المبرم بينهما، وعن خطأ تابعه باعتباره متبوعاً وذلك استناداً إلى فكرة المسئولية عن فعل الغير[٢] نظراً لتوافر شروط مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه، والذي يسأل عن أخطائهم اعتماداً على فكرة الخطأ المفترض في جانب الجراح، لأنه يفترض خطأه في اختيار الطبيب المخدر وإهماله في الإشراف عليه، ويمكن الرد على الرأي القائل بفكرة عدم مسئولية الجراح عن طبيب التخدير إستناداً إلى القول بالاستقلال الفني للطبيب، بأن فكرة المسئولية العقدية عن فعل الغير لاتقتصر فقط على حالة ما إذا كان هذا الغير تابعاً بعمل تحت إشراف وتوجيه الجراح، وإنما تتسع لتشمل دون تحديد أي شخص استخدمه المدين (الجراح) في تنفيذ التزاماته التعاقدية[٣]، فقد يتعلق الأمر بمساعد استعان به المدين (الجراح)، ولكن

---

(١) Metz 19 mars 1974 D. 1975-31.

(٢) أنظر د/ حسن أبو النجا، المسئولية العقدية عن فعل الغير، أساسها وشروطها دراسة مقارنة - مكتبة دار الثقافة الجامعية طبعة ١٩٨٩م.

(٣) أنظر نقض فرنسي ٢/١٠/١٩٧٩ مجلة الأسبوع القانوني ١٩٧٩-٤-٣٦٠، نقض فرنسي بتاريخ ٢٧/٢/١٩٨٠ مجلة الأسبوع القانوني ١٩٨٠-٤-١٨٦ حيث قضت "بأن المسئولية العقدية عن فعل=

يتمتع بالاستقلال الفني في ممارسة عمله، أي لايخضع لإشراف وتوجيه الجراح، كما هو الحال بالنسبة لطبيب التخدير الذي يتسعين به الجراح لتخدير المريض قبل الجراحة، وانعاشه(١).

علاوة على أن القول بعدم مسئولية الجراح عن خطأ طبيب التخدير، واستقلال مسئولية كل منهما عن الآخر حيث يسأل الجراح استناداً إلى المسئولية العقدية، وطبيب التخدير استناداً إلى المسئولية التقصرية لعدم وجود رابطة عقدية بينه وبين المريض في تلك الحالة -لألزمنا المريض بضرورة إثبات خطأ طبيب التخدير الأمر الذي يمثل صعوبة بالنسبة

= الغير لاتخضع في قيامها لوجود علاقة تبعية بين المدين والشخص الذي عهد إليه هذا المدين بتنفيذ التزاماته تجاه الدائن.

"La responsabilité contractuelle de la défendresse, prestataire de services, étatit engagée a l'égard du bénéficiaire du fait de la mauvaise exécution de ses oligations, résultant de la de l'ouvrier mis par elle à la disposition du demandeur, et qu'il n'y avait done pas lieu, de faire application des régles de la responsabilité délictuelle et notamment de rechercher si cet ouvrier était demeuré sous la subordination de la prestataire".

(١) F.ley marie; Anesthésie et responsabilité civile de medecins en clientele privée J.C.P. 1974, Doc. 2630.

Cass Cuv 10 Oct. 1960, préc J.C.P.1960-11-11846 note R.savatier.

وجاء في حيثيات هذا الحكم تبريراً لمسئولية الجراح عن خطأ طبيب التخدير الذي اختاره دون إذن المريض استناداً إلى فكرة المسئولية العقدية عن فعل الغير، إن الجراح وهو الذي كان محلاً لثقة المريض يلتزم وفقاً للعقد الذي يربطه بهذا الشخص أن يقدم له العناية الواعية واليقظة طبقاً للأصول العلمية، ويسأل بالتالي عن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب الذي عهد إليه بتخدير المريض والذي أحله محله قابع نطاق موافقة هذا المريض لتنفيذ جزء لايتجزأ من التزامه.

"Le chirurgien... répond des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie et qu'il se substitue, en dehors de tout consentement du patient, pur l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation".

- أنظر د/ محمد عادل عبد الرحمن، المسئولية المدنية للأطباء وتطبيقاتها في طب التجميل، والطب العقلي والنفسي، وطب التخدير، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٨٥م ص٢٨٢ ومابعدها.

للمريض المضرور- بعكس المسئولية العقدية عن فعل الغير حيث يكون الخطأ مفترضاً - علاوة على أن في ذلك خطورة بالنسبة للمريض، إذ قد يدفع الجراح إلى الأهمال في الإشراف على طبيب التخدير، وعدم اتخاذ الحيطة والحذر عند اختياره لطبيب التخدير طالما أن الخطأ ليس مفترضاً ويلزم إثباته بمعرفة المريض.

ثانياً : الاستعانة بطبيب التخدير بناء على رغبة المريض وموافقته :

٣٥- نجد أن المريض في هذه الحالة قد أبرم عقدين الأول مع الجراح، والثاني مع طبيب التخدير، ومن ثم يسأل كل منهما عن تنفيذ التزامه تجاه المريض، وتكون مسئولية كل منهما مسئولية عقدية(١)، وفي حالة ارتكاب كل من الجراح، وطبيب التخدير لخطأ مشتركاً فإن مسئوليتهما تكون تضامنية عن تعويض الضرر الذي نتج من الخطأ في مواجهة المريض، ولايعني ذلك افتراض التضامن بين الجراح وطبيب التخدير لأن التضامن لايفترض إلا باتفاق أو نص في القانون(٢) - وإنما يتم البحث عن الأخطاء التي ارتكبت بواسطة كل منهما على حده، إلا إذا كان الخطأ واحداً أي مشتركاً بينهما(٣)، ومثال الخطأ المشترك بينهما هو عدم القيام بإجراء الفحص الطبي السابق على عملية التخدير والعملية الجراحية كمعرفة فصيلة الدم للمريض ومسئوليته(٤) - ولكن مسئولية كل من الجراح، والطبيب

(١) Civ 27 mai 1970 J.C.P. 1971 - 16833 N. Savatier.

(٢) نص المادة ٢٧٩ مدني مصري "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لايفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون".

(٣) Montpellier smai 1971-G.P 1972-7-53 et paris 17 Juill 1972.
- Civ 27 mai 1970 D. 1970. 186.
- Crim 22 Juin 1972 B.C.N 219- Toulouse 24 ar-1973 D. 1973-94.

(٤) Montpellier 21 déc 1920 D. 1971-637 note chabas.

المخدر ليست بتحقيق نتيجة، حيث اتفق القضاء[1] والفقه[2] على أن التزام الجراح وطبيب التخدير أمام المريض ينحصر في الالتزام ببذل عناية لابتحقيق نتيجة، وبأن العناية المطلوبة تقتضي منهما أن يبذلا لمريضهما جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الجراح وطبيب التخدير عن كل تقصير في مسلكهما الطبي الذي لايتفق مع جراح أو طبيب تخدير يقظ في مستواهما المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالجراح المسئول أو طبيب التخدير المسئول، كما يسألا عن خطئهما العادي أياً كانت جسامته.

٣٦- وقد رفض القضاء مسئولية الجراح وطبيب التخدير عما حدث للمريض طالما تم التيقن من أن كلا منهما قد قاما بالفحوص اللازمة للتأكد من مدى قابلية المريض لتحمل البنج، حتى لو تبين بعد ذلك أنه كان به

---

(١) أنظر نقض مدني ١٩٦٩/٦/٢٦. مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ العدد الثاني ص١٠٧٥ حيث جاء فيه "...وحيث أن مسئولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسئولية عقدية، والطبيب وإن كان لايلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو نجاح العملية التي يجريها له الجراح، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، وإنما هو التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق -في غير الظروف الاستثنائية- مع الأصول الطبية المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لايقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول....".

وانظر نقض مدني ١٩٦٦/٣/٢٢، مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ العدد الثاني ص٦٣٦.

(٢) أنظر في الفقه : د/ محمود جمال الدين زكي. مشكلات المسئولية المدنية ص٢١٩ ومابعدها - د/حسن الإبراشي، مسئولية الأطباء ص٢٠ ومابعدها- د/ وفاء حلمي، الخطأ الطبي ص٢٤ ومابعدها- د/ أحمد محمود سعد، مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراة سنة ١٩٨٣ جامعة عين شمس ص٤١٤ ومابعدها - المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء للمستشار عز الدين الناصوري، د. عبد الحميد الشواربي ص١٣٩٤ ومابعدها.

حساسية خاصة يصعب اكتشافها على ضوء المعطيات العلمية والدراية الطبية المعاصرة[١]، ولايسأل طبيب التخدير عن الطريقة التي يستخدمها في التخدير طالما أنه أصبح من المتعارف استخدامها، ولو لم تكن محلاً للتجارب، كما أن عملية التخدير ذاتها تحتمل قدراً من المخاطر لابد منها[٢].

ثالثاً : تعيين إدارة المستشفى طبيب التخدير لمساعدة الجراح ومدى مسئوليته عن أخطائه :

قد تقوم إدارة المستشفى التي تجري فيها الجراحة، بتكليف الطبيب المخدر الذي يعمل بها ليقوم بعملية التخدير قبل إجراء الجراحة بمعرفة الجراح، فهل يسأل الجراح عن أخطاء التخدير بالرغم من أن طبيب التخدير ليس تابعاً للجراح، لأنه تابع لإدارة المستشفى الذي يعمل فيه ؟

أرى أنه في هذه الحالة يسأل الجراح عن الخطأ في التخدير، **ولكن** ليس باعتباره متبوعاً أصلياً، وإنما باعتباره متبوعاً عرضياً، على اعتبار أن إدارة المستشفى لم تحتفظ بسلطة الرقابة والتوجيه على طبيب التخدير في هذه الحالة أي داخل غرفة العمليات وإنما تنازلت عنها للجراح بحيث يصبح طبيب التخدير تحت سلطة الجراح، وذلك لأن الجراح في صالة العمليات له سلطة التوجيه سواء من الناحية الفنية أو الإدارية على كل من يعمل في صالة العمليات، فهو السيد المطاع، وبالتالي **فهو المسئول** عما

---

(١) Amiens 14 Fev 1906 D.1907-2-44., montpellier 15 déc 1909 D.1910-31.

وقد أشار إلى تلك الأحكام أيضاً د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٥٩ هامش ١١٢.

(٢) Aix 14 Fev 1950.D.1950-322- Douai 16 mai 1936 D. 1936- 435- seine 15 main 1956-554- grémoble 16 mai 1956 J.C.P. 1956-11-9456 note savatier.

ينفذ من أعمال حتى ولو لم تكن تربطه بالطبيب المخدر رابطة عقدية، وتكون مسئوليته باعتباره متبوعاً عرضياً، وطبيب التخدير يعتبر تابعاً للجراح دون أن يرتبط بالجراح (المتبوع العرض) برابطة خضوع عليه ومستمرة، لأنه يكون في مركز من توجه إليه الأوامر والتعليمات من المتبوع[١]. فطبيب التخدير المعين من قبل إدارة المستشفى عندما يمارس عمله لحساب الجراح، وبناء على أمر منه، وفي حضوره، وفي نفس حجرة العمليات، وإذا كان هذا الطبيب تابع بصفة عادية لإدارة المستشفى التي يعمل فيها إلا أنه قد وضع نفسه خلال العملية الجراحية، تحت تصرف الجراح من أجل مساعدته، وبسبب رابطة التبعية الموجودة بين الجراح وطبيب التخدير داخل صالة العمليات، فإن المسئولية عن أفعال طبيب التخدير والتي تقع على عاتق إدارة المستشفى باعتبارها متبوعاً أصلياً، تكون في هذه الحالة محولة إلى الجراح باعتباره متبوعاً عرضياً[٢].

---

(١) أنظر د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، مسئولية المتبوع باعتباره حارساً بند ٢٤ ص٤٣ المنصورة طبعة ١٩٧٦ حيث يرى "أن مسئولية المتبوع العرضي تتوقف على وجود رابطة التبعية، فإن تخلف أحد عناصرها... فإن المتبوع المعتاد يظل مسئولا" وأنظر بحثنا "مسئولية المتبوع عن انحراف التابع" دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. طبعة ١٩٩٠ دار النهضة العربية ص٨٣ ومابعدها بند ٤٢ ومابعده.
Civ. 15 Nov. 1955 D. 1956, 113 note savatier - J.C.P. 1956, 11, 9106 note Rodiére.

(٢) أنظر د/ محسن البيه، مرجع سابق، ص٦٨ ومابعدها بند ٤٠.

المبحث الثالث

أحكام نقل الدم وشراء الأعضاء في القانون المدني والفقه الاسلامي

٣٨ – نتناول فى هذا المبحث بيان أحكام نقل الدم، وشراء الأعضاء فى القانون المدني والفقه الاسلامى فى مطلبين على الوجه الآتى:

المطلب الأول

أحكام نقل الدم ومدى مسئولية الجراح عنها

٣٩ – لاشك أن الدم يلعب دوراً رئيسيا فى المجال الطبى لاسيما فى العمليات الجراحيه بل أنه فى كثير من الأحيان تتوقف عليه حياة المريض، ولهذا فإن الجراح قبل أن يجرى العملية الجراحية يضع الأحتياطات اللازمه قبل إجرائها، ومنها ضرورة توفير كميات من دم المريض قد يحتاجها أثناء العملية نتيجة نزف المريض ومن الطبيعى أن تسبق عملية نقل الدم للمريض تحليل وفحوص معينه للتأكد من سلامة الدم المنقول إلى المريض وأنه موافق لدم المريض، هذا ويستخدم الدم فى علاج كثير من الحالات الطارئة التى يصاب فيها المريض بالصدمة الدموية الناشئة عن نزيف الدم وموضع الجراحة.

وفى موضوع بيان أحكام النقل نتسآل عن حكم نقل الدم بصفه عامه، وحكم نقل الدم فى حالات الضرورة وماهو حكم بيع الدم، ثم نوضح بعد ذلك مسئولية الجراح عن نقل الدم وذلك على الوجه الآتى:

أولا: موقف القانون المدني من نقل الدم بصفه عامه، وفى الحالات الضرورية وحكم بيعه:

٤٠ – لم أجد نصا تشريعياً خاصاً يوضح لنا حكم نقل الدم من شخص إلى آخر، وخاصة فى حالات الضرورة، كما لم يوضح لنا المشرع مدى مشروعية بيع الدم من عدمه بالرغم من خطورة نقل الدم على صحة البائع أو المتبرع وعلى صحة المريض وخاصة إذا كان الدم ملوثاً، الأمر الذى يمكن أن ينعكس بالتأثير السلبى على الصحة العامه فى المجتمع. وترك كل ذلك إلى القواعد العامه، وفى إطار القواعد العامه **يمكن أن نقول:** أن نقل الدم من شخص إلى آخر أمر مشروع بشرط الا يترتب على ذلك ضرراً جسيماً يصيب جسم الانسان بعجز شديد أو دائم، ولكننا **نرى** أنه يجب أن يتدخل المشرع بنصوص تفصيليه من شأنها أن تضع ضوابط واضحة لهذه العملية الخطيرة **وهى من وجهة نظرنا:**

(أ) يجب أن يكون النقل على سبيل التبرع فلايجب أن يتقاضى المتبرع عوضا عن دمه، لأن بيع الدم عمل غير مشروع، وحتى لانفتح الباب إلى متاجرة الانسان بدمه الأمر الذى قد يضر به ضرراً جسيماً الأمر الذى ينعكس بالآثار السيئه على الصحة العامه فى المجتمع.

كما أن عملية بيع الدم مساس بعصمة الجسد، وهو أمانة لدى الانسان لايملك عليه سوى حق المنفعه دون ملكية الرقبة فهى لله وبالتالى فلايملك الانسان التصرف فيه، ولهذا نجد أن شريعتنا الاسلامية الغراء حرمت بيع الدم – كما سنوضح فيما بعد – لقوله تعالى ﴿**إنما حَرَّمَ عَلَيْكُمُ المَيْتَةَ والدَّمَ ولَحمَ الخِنزِيرِ ومَا أُهِلَّ بِهِ لغَيْرِ اللهِ فَمن اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ**

ولاعَادٍ فَلا إثمَ عَلَيه إنَّ اللهَ غَفورٌ رَحيمٌ﴾ (١) ونهى النبى ﴿ ﷺ ﴾ عن ثمن الكلب وثمن الدم (٢).

(ب) أن يكون النقل لأسباب جوهرية تتحدد طبيا كأن يكون المريض محتاجاً لهذا الدم. لأن الأصل عدم المساس بجسد الانسان، والأستثناء من الأصل لابد وأن يبنى على ضرورة، وحاجة داعية إلى ذلك.

(جـ) التأكد من أن المتبرع لن يلحقه ضرراً من عملية نقل الدم منه إلى مريض آخر، بأن يصاب بالضعف منها.

(د) يجب التأكد من خلو الدم من الأمراض الوبائية بتحليله حتى لايصاب المتبرع له بأى أمراض أخرى كالآيدز. كما يجب تحليل دم المنقول إليه لمعرفة فصائل الدم، والتوافق بينها وخلوها من الامراض (٣).

٤١ – ويجدر بنا أن نشير إلى أن الأطباء(٤) – من منطلق الأحكام الأخلاقيه للمهنه – وضعوا شروطا لعملية نقل الدم من الإنسان إلى آخر يمكن ايجازها فيما يلى:

(أ) فحص المتبرع وقياس ضغطه الدموى للتأكد من أن سحب الدم منه لايضره، ولتقدير الكمية المكن أخذها منه دون أن يلحقه أذى.

(ب) فحصه للتأكد من خلوه من الأمراض المعديه، ولتعيين فصيلة الدم المتبرع به.

---

(١) صورة البقرة آية ١٧٣.

(٢) صحيح البخارى بشرح فتح البارى جـ ٤ ص ٤٢٦.

(٣) انظر فى: إلتزام الطبيب بتحليل الدم لمعرفة مكوناته:
Civ 25 mai 1971. Dalloz 1972, somm, 39- civ, 6 déc, 1972. Dolloz 973, somm 31- Toulouse 7 Juil 1960. J.C.P. 1960, 1871.

(٤) أحكام التداوى بالمحرمات، د. ناظم النسيمى صـ ١٥٢/١٥٣.

(جـ) لايجوز للحامل ولا للمرضع أن تتبرع بالدم.

(د) أن يتم حفظ الدم حسب المواصفات العلمية التى تمنع الفساد.

٤٢ – أما فيما يتعلق ببيان **حكم بيع الدم** فلم نجد نصا تشريعياً خاصاً بهذه المسأله يوضح لنا موقف المشرع من ذلك وفى ضوء أحكام عقد البيع، فإننا **نرى** أنه لايوجد بين نصوصه مايمنع بيع الانسان لدمه إلى انسان آخر أو إلى مراكز الدم المنتشره والمصرح لها بشراء الدم وتخزينه، والمتاجرة فيه حيث صدر فى هذا الشأن قرار وزير الصحه فى ١٨/٩/١٩٥٤م [١] ينظم عملية نقل الدم حيث جاء فى مادته الأولى أنه «لايجوز أن يقوم بعمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته ومشتقاته سوى الهيئات الحكوميه أو الأهليه العامه التى ترخص لها وزارة الصحه العمومية فى القيام بهذه العمليات».

ووضحت مواد القرار بعد ذلك الشروط الواجب توافرها فى مراكز الدم سواء حيث المكان أو التجهيزات وأستلزم ضرورة إشراف طبيب مختص على المركز يعاونه عدد من الموظفين لهم خبره فى عمليات الدم (م٢ من القرار الوزارى)، كما نص فى مادته السادسه على أن «تُنشأ بوزارة الصحة العمومية هيئة دائمة لمراقبة عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته ومشتقاته يطلق عليها «مجلس مراقبة عمليات الدم» «ثم صدر بعد ذلك القرار بتشريع رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠م[٢] بتنظيم عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم بالاقليم الجنوبى وبمقتضاه أعطى الحق للجهات الخاصه بالاضافه إلى العامه أو لأى طبيب بشرى يحصل على الترخيص

---

(١) الوقائع المصريه العدد ٧٩ فى ٤/١٠/١٩٥٤م.

(٢) الوقائع المصريه العدد ١٢٠ فى ١٢ يونيه سنة ١٩٦٠م.

الحق فى جمع وتخزين وتوزيع الدم. ثم صدر بعد ذلك وزير الصحه العموميه رقم ١٥٥ لسنة ١٩٦١م فى شأن إجراءات طلب الترخيص بمركز نقل الدم وأيضا القرار الوزارى رقم ٥٦ لسنة ١٩٦١م بشأن المواصفات والاشتراطات التى يجب توافرها فى المركز الخاص بجمع وتخزين أو توزيع الدم ومركباته ومشتقاته وكذا الأدوات والأجهزة الضرورية لذلك [١].

ولكن يلاحظ على القرارات الوزارية السابقه والقرارات الجمهورية أنها لم تتعرض لمدى مسئولية مراكز نقل الدم بأنواعها عن الآثار السلبيه أو الأضرار التى تحدث من عمليات نقل الدم الملوث، ومعنى ذلك أنها تركت المسئولية لتحكم بالقواعد العامه للمسئولية المدنيه التى تهدف إلى تعويض المضرور بشرط أن يقوم بإثبات عناصرها من خطأ وضرر وعلاقه مسببه[٢].

ونرى أن ترك حرية المتاجرة فى الدم يخالف أحكام الفقه الإسلامى فعقد بيع الدم محله غير مشروع لتحريم الكتاب لمحله لقوله تعالى ﴿**إنما حَرَّمَ عليكم الميته والدم...**﴾ وذلك لنجاسة الدم ولما فيه من إضرار بالصحة العامة فى المجتمع، والمحافظة على الصحة العامة فى المجتمع إنما تحقق المصلحة العامه، وهى مقدمة على المصلحة الخاصة التى تتحقق بالنسبة للمريض. هذا وسنوضح موقف الفقه الإسلامى من حكم بيع الدم وحكم التبرع به فيما يلى:

---

(١) الوقائع المصريه العدد ٣٠ فى ١٩٦١/٤/١٣م.

(٢) انظر د/ محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسئوليه المدنيه فى مجال عمليات نقل الدم، صـ ٣٩ طبعة ١٩٩٥م.

ثانيا: حكم نقل الدم فى الفقه الإسلامى:

٤٣ - **القاعده العامه**: أجمع الفقهاء[١] على أن الدم المسفوح[٢] حرام «نجس» ولهذا لايؤكل ولايباع وقد أشار إلى هذا الاجماع إبن حزم فقال «أجمعوا على أن الدم المسفوح حرام»، وقد استندوا فى حكم هذه القاعدة إلى قوله تعالى ﴿**حُرِمَتَ عَلَيكُمُ الميَتَةُ والدَّمُ ولَحمُ الخِنزير ومَا أُهِلَّ لغيَر اللهِ بِهِ**﴾[٣] ولنهى النبى ﴿ﷺ﴾ عن ثمن الكلب، وثمن الدم، وكسب البغى، ولعن آكل الربا وموكله...» [٤].

٤٤ - ولكن ماهو حكم الفقه الأسلامى فى نقل الدم فى حالات الضرورة، وهل هو جائز أم لا وما أدلة ذلك فى حاله الجواز وماهى شروط ذلك، وماحكم بيع الدم؟.

(أ) حكم نقل الدم للمريض من شخص لآخر:

إن المنهج الفقهى السليم يقتضى أن نعلم أن اشتمال المعامله على ناحية من نواحى المنع والتحريم، لايكفى فى القول بتحريمها، بل لابد من دراسة هذا الناحية، ومدى ماتشتمل عليه من منفعه أو مضرة، فقد يظهر أن منفعتها غالبة، وأن مضرتها يسيره ومغمورة فى جانب منافعها[٥]، ومن هذا المفهوم سنوضح أولا: حكم بيع الدم ثم توضح حكم التبرع به.

---

(١) المغنى لإبن قدامه جـ ٤ صـ ٣٠٢ - وتفسير القرطبى جـ ٢ صـ ٢٢١ - بدائع الصنائع للكاسانى جـ ١٤٠/١٤١ فى دار الكتاب بيروت.

(٢) يقصد بالدم المسفوح الذى سال عن موضعه فصار نجساً.

(٣) سورة المائدة آية ٣.

(٤) أخرجه البخارى فى صحيحه جـ ١٠ صـ ٣٣٠.

(٥) د/ على داود الجفال، مرجع سابق، صـ ١١٦.

(ب) حكم بيع الدم :

اجمع العلماء على حرمة بيع الدم، وأكل ثمنه، لأن محل العقد هنا وهو الدم منهى عنه شرعاً، وبالتالى فإن مالا يقبل حكم العقد لايصح أن يكون محلا له، ففى عقد البيع يجب أن يكون محل العقد طاهراً منتفعاً به، ولهذا فلا تصح الميته والدم أن يكونا مبيعين لنهى الشارع عن ثمنهما لنجاستهما[١]، كما ذكرنا من قبل.

كما يمكن أن نستدل على حرمة بيع الدم من الكتاب والسنة والاجماع على الوجه الآتى:

(أ) قوله تعالى ﴿**إنما حرّم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولاعاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم**﴾[٢].

ووجه الدلاله: أن التحريم فى الآيه واضح ومنها الدم وقد روى أبو داود عن إبن عباس قال: قال رسول الله ﴿ ﷺ ﴾ «... إن الله إذا حرم على قوم شيئا حرم عليهم ثمنه»[٣].

(ب) روى البخارى: «أن النبى ﴿ ﷺ ﴾ نهى عن ثمن الكلب وثمن الدم»[٤].

ووجه الدلاله: أن النبى ﴿ ﷺ ﴾ نهى عن ثمن الدم فدل على حرمة بيعه.

---

(١) انظر بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٥ صـ ١٤٠/١٤١ ط ٢ دار الكتاب العربى بيروت، كشاف القناع جـ ٢ صـ ٧ – المغنى لإبن قدامه جـ ٤ صـ ٣٠٢ طبعة ١٣٤٧ هـ طبعة دار الكتاب الجامعى – نهاية المحتاج للرملى جـ ٣ صـ ١٩ طبعة ١٣٠٤ هـ.

(٢) سورة البقرة ١٧٣.

(٣) سنن أبى داود جـ ٣ صـ ٢٨٠.

(٤) صحيح البخارى بشرح فتح البارى جـ ٤ صـ ٤٢٦.

(جـ) ماذكره إبن حزم حيث قال «أجمعوا على أن الدم المسفوح حرام»[١]، وقال إبن حجر:«وهو حرام إجماعاً أعنى بيع الدم وأكل ثمنه» [٢].

هذا هو المبدأ العام فى بيع الدم حيث أجمع الفقه على حرمته، ولكن إذا كان محرماً شرعاً بالكتاب والسنه والاجماع، فهل هذا الحكم يسرى أيضا فى حالة الضرورة الملجئه على التراوى؟.

إننا إذا رجعنا إلى الآيات الكريمة نجد أن الشريعة الإسلامية تبيح نقل الدم من شخص إلى آخر إذا توقف شفاء المريض عليه، لقوله تعالى ﴿**إنما حرم عليكم الميته والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله، فمن أضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه، إن الله غفور رحيم**﴾[٣].

وقوله تعالى ﴿... **فمن اضطر فى مخمصه غير متجاتف لا إثم، فإن الله غفور رحيم**﴾ [٤].

وقوله تعالى ﴿... **وقد فصل لكم ماحرم عليكم، إلا ما اضطررتم إليه**﴾[٥].

وهذه الآيات الكريمه، تفيد أنه إذا توقف شفاء المريض أو الجريح، وإنقاذ حياته على نقل الدم إليه من آخر، وبأن لايوجد من المباح مايقوم مقامه فى شفائه وانقاذ حياته، جاز نقل الدم إليه بلاشبهة، ولو من غير

---

(١) المغنى لإبن قدامه جـ ٤ ص ٣٠٢، مراتب الاجماع منشورات دار الآفاق الجديده بيروت صـ ١٧٥.

(٢) فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ ٤ ص- ٤٢٦.

(٣) سورة البقرة آية (١٧٣).

(٤) سورة المائدة آية (٣).

(٥) سورة الانعام آية (١١٩).

مسلم[١]، وكذلك إذا توقفت سلامه عضو، وقيام هذا العضو بما خلقه الله له جاز نقل الدم. وهذا كله مقيد بلاشبهة، وبشرط الا يترتب على ذلك ضررٌ فاحش بمن ينقل منه الدم.

وهذا الأمر يدعونا إلى ضروره بيان حكم الشريعة الاسلامية فى التبرع بالدم وضوابط هذا التبرع على الوجه الآتى:

(ب) حكم التبرع بالدم:

٤٥ - إن الشريعة الاسلامية تحقق مصالح العباد وتدرأ المفاسد عنهم. ويتضح ذلك من خلال كثير من القواعد الفقهية التى أرستها تحقيقاً لمصلحة العباد التى تتغير بتغير الظروف، والأحوال ومن هذه القواعد: «الضرورات تبيح المحظورات»، «والمشقة تجلب التيسير».[٢].

ومادام الدم من المواد التى لايقوم مقامها عقار من العقاقير فى تحقيق مصلحته الضرورية، فإن القول بجواز نقل الدم من شخص متبرع إلى آخر مضطر إليه هو القول الذى تقره قواعد الشريعة الإسلامية، ولكن التبرع بالدم له شروط، وليس مطلقا وذلك من منطلق المحافظة على الصحة العامة فى المجتمع، وهى دائماً مقدمة على المصلحة الخاصة ولهذا نجد أن الشريعة دائما أسبق من القانون فى وضع الأحكام وضوابطها، ويمكن الأشاره إلى تلك الشروط التى يجب على المشرع أن يتدخل لوضعها فى صورة نصوص يلتزم بها الطبيب والجراح عند نقل الدم من شخص إلى مريض يجرى له العمليه الجراحية والا وضع تحت طائلة المسؤلية وهى:

---

(١) د/ على داود الجفال، مرجع سابق، ص– ١١٦.

(٢) سبق تخريجهما.

(أ) أن يكون المريض محتاجاً لهذا الدم، لأن الأصل عدم المساس بجسد الانسان، والأستثناء هو المساس عندما تكون هناك ضرورة «فالضرورات تبيح المحظورات والضرورة تقدر بقدرها».

(ب) أن تأمن المتبرع الضرر بحيث لايلحقه من جراء نقل الدم منه مرض أو ضعف شديد «لأن الضرر لايزال بالضرر»[١].

(جـ) أن يكون أعطاء الدم بدون مقابل، بمعنى أن يكون الشخص متبرعاً بدمه ولايأخذ مقابل لذلك، وإلا كنا بصدد بيع دم وهو محرم كما ذكرنا من قبل.

(د) التأكد من خلو دم المتبرع من الأمراض والفيروسات الوبائية [٢].

٤٦ – ولكن ماهى الأدلة على جواز التبرع بالدم ونقله إلى المريض المحتاج إليه؟.

– يمكن لنا أن نشير إلى تلك الأدلة على الوجه الآتى:

(أ) أن التبرع بالدم ونقله إلى شخص مضطر إليه، احياء لنفس قد أشرفت على الهلاك، وإحياء النفس مقصد من مقاصد الشريعة لقوله تعالى ﴿**ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا**﴾[٣].

(ب) «إن الضرورات تبيح المحظورات»، ونقل الدم إلى مريض مضطر إليه يدخل فى هذا الاستثناء مع ملاحظة أن الضرورة هنا تقدر بقدرها.

(جـ) يجوز التبرع بالدم، ونقله إلى آخر محتاج إليه قياساً على الحجامة، والعلة

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى صـ ٨٦.

(٢) أحكام الجراحة الطبيه، للشنقيطى صـ ٥٥١.

(٣) المائدة ٣٢.

المشتركة بينهما وهى التداوى، وغير أن الحجامة بالاخراج، والتبرع بالإدخال (١).

٤٧ - ولكن بعد أن وضحنا حكم بيع الدم والتبرع به، فما هو الحكم أصبحت الوسيله الوحيدة للحصول على الدم لضرورة هى بطريق الشراء من آخرين يحددون أثمانا معينه كالشراء من بنوك الدم مثلا، وخاصة فى ظل عدم وجود متبرع إن الجواب يقتضى القول بأنه إذا تعذر الحصول على الدم بدون عوض فيجوز شراؤه وإعطاء العوض مقابله من باب الضرورة، ويكون الإثم على البائع فقط (٢).

ثالثا: مسئولية الجراح عن الخطأ في نقل الدم للمريض:

٤٨ - قبل أن نوضح مدى مسئولية الجراح عن نقل الدم إلى مريضه، فيجب أن توضح طبيعة التزام الجراح فى نقل الدم إلى المريض: فهل هو إلتزام بعناية أم التزام بنتيجة؟.

---

(١) الحجامة هى مص الدم للتداوى، وقد لاتصل حاله المريض إلى الضرورة، فإذا اجازت الحجامة فالتبرع بالدم يجوز من باب أولى، وأجدر لأن دم الحجامة ينزل على الأرض دون فائدة، أما دم المتبرع به فينقل إلى مريض آخر يستفيد منه - انظر أحكام الجراحة الطبية للشنقيطى صـ ٥٤٩ - د/ عبدالسلام عبدالرحيم السكرى، نقل وزراعة الأعضاء البشريه من منظور اسلامى - دراسة مقارنة صـ ١٨٧. دار المنار طبعة ١٩٨٨م

(٢) جاءت فتوى المجمع الفقهى، الدوره الحادية عشر فى الفتره من ١٣ - ٢٠ رجب سنة ١٤٠٩ الموافق ٢٦ فبراير سنة ١٩٨٩ أنه «أما حكم أخذ العوض ثمن الدم، وبعبارة أخرى بيع الدم فقد رأى المجلس أنه لايجوز لأنه من المحرمات المنصوص عليها فى القرآن الكريم مع الميته والدم ولحم الخنزير، فلايجوز بيعه وأخذ عوض عنه، وقد صح فى الحديث» «أن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه»، كما صح أنه ﴿ﷺ﴾ نهى عن بيع الدم ويستثنى من ذلك حالات الضرورة إليه للاغراض الطبية، ولايوجد من يتبرع إلا بعوض فإن الضرورات تبيح المحظورات بقدر ماترتفع الضرورة، وعندئذ يحل للمشترى دفع العوض، ويكون الإثم على الآخذ ولامانع من إعطاء المال على سبيل الهبه أو المكافأة تشجيعا على القيام بهذا العمل الانسانى الخيرى لأنه يكون من باب التبرعات لا من باب المعاوضات».

إن الأصل أن التزام الجراح تجاه مريضه هو التزام يبذل عنايه كما وضحنا من قبل[١]، ولكن فيما يتعلق بالتزامه بنقل الدم فهو من حيث سلامة النقل فهو التزام بنتيجه، وقد أيدت أحكام المحاكم ذلك حيث اكدت محكمة Toulouse [٢] على مسئولية الجراح عن تحليل وفحص الدم قبل نقله إلى المريض، وقد أبدت محكمة النقض قضاء الموضوع بوجود التزام بتحقيق نتيجة على عاتق الجراح، واعتبرته مسئولا عن إصابه المريض بفيروس المرض نتيجة نقل دم مصاب به إليه مالم يثبت رجوع إخلاله بالتزامه إلى سبب أجنبى غير منسوب إليه [٣].

أما من حيث الأثر المترتب على نقل الدم، وهو الشفاء فهو التزام ببذل عناية، أى أننا عندما نوضح طبيعة التزام الجراح بخصوص عملية نقل الدم فإننا هنا نفرق بين سلامة إجراءات نقل الدم، وخاصة بعد التقدم العلمى الكافى فى هذا المجال - فهو التزام بنتيجة سواء من حيث ضرورة التأكد من سلامة الدم، وخلوه من الفيروسات، والأمراض الوبائية، وكذلك من حيث الكمية المطلوبة للمريض، ومن حيث سلامة طريقة نقل الدم، أما

---

(١) انظر فى هذا البحث بند ١٠ ص ٢٠، ٢١، ٢٢.

(٢) Toulouse : 14/12/1959 J. P. 1960 J, 11401 et note SAVATIER "dans l'etat actuel de l'organisation de certains cliniqes la responsabilité de l'analyse du sang d'un malade avant transfusion et celle du prelevement sanguin que la conditionnesoit assumees par la clinique - celle- ci faisant appel, sous le concours du patient, ason "anstheseste - reanimateur" et choisissant le laboratoire d'analyse ou elle transport elle-meme le Flacon de sang a examinet il s'ensuit que la clinique assume la repsonsabilité du travail confie ades executants de son choix. Elle repond de l'erreur commise dans les resultats d'une analyse sanguine".
Toulouse 7 Juill 1960 J.C.P. 1960 - 11871 - Rennes, 14 avril 1977, Dalloz 1978 inf. Rop. 36 obs La Rounet - Paris 12 mai 1959 et 26 janv 1960 Dalloz, 1960, 305 note savatier. comp. Trib G.1- Paris 19 mars 1974 J.C.P. 1975, 11, 18046 note Charaf Edine.

(٣) Cass, civ 17-12-1954, op cit et nots savatier.

بخصوص النتيجة المرجوة من نقل الدم وهو الشفاء فإن التزام الجراح يخضع لالتزامه العام بالوسيلة أى يكون التزام ببذل عناية[١]، أى عليه أن يبذل العناية التى يجب أن يبذلها جراح فى مستواه وفى نفس ظروفه لأن الشفاء من عند الله سبحانه وتعالى.

٤٩ – ومن الطبيعى أن تسبق عمليات نقل الدم تحاليل وفحوص معينه يجب أن يجريها الجراح سواء بنفسه أو بواسطة معامل التحاليل أو مراكز نقل الدم للتأكد من سلامة المتبرع بالدم من جهة، ومن التوافق بين دمه ودم المريض من جهة أخرى. وقد قضت المحاكم بمسئولية الجراح عن الأضرار التى تلحق المريض والناتجة من عملية نقل الدم كأن يكون الدم به فيروس أضر المريض مثلا [٢] . وخاصة أن الثوابت العلمية تؤكد أن العدوى يمكن أن تنتقل عن طريق نقل الدم، وأن الجراح يستطيع أن يتلافى فى ذلك ببذل جهد معقول، وخاصة مع التقدم العلمى الهائل فى تحاليل الدم الأمر الذى لايعفى منه الجراح إذا أدعى بأن العمل قد جرى على عدم القيام بفحص دم المتبرع إلا فى فترات متباعده، ويكون للمحكمة سلطة تقديدية فى ذلك، فلها أن ترفض اعتمادها اذا مارأت عدم اتفاقها مع قواعد الحيطة والحذر[٣].

٥٠ – كما قضت أيضا بمسئولية الجراح عن الاضرار التى لحقت بالمتبرع بالدم لإهماله فى التأكد من عدم تأثير نقل الدم على المتبرع تأثيراً يضر بصحته[٤].

وإذا إستعان الجراح بطبيب متخصص فى التحاليل لتحليل الدم المعطى للمريض، أو استعان بمعامل التحاليل فإنه يظل مسئولا أيضا

---

(١) انظر د/ محسن البيه، مرجع سابق صـ ٢٠٦، د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، صـ ٤٧.

(٢) Civ. 17 dec 1954 D. 1955 26 note Rodére. J.C.P. 1955-11-8490. note Rsavatier.

(٣) Pairs 26 avr 1948 272.

(٤) Pairs 12 mai 1959, 26 Jan 1960 D. 1960-305 note.

بإعتباره متبوعاً، والطبيب المتخصص أو المعمل تابعاً، وذلك أسوه بمسئوليته فى حالة استعانته بطبيب تخدير، ومايسرى عليه بشأن مسئوليته فى حالة الاستعانه بطبيب تخدير يسرى أيضا هنا فى حاله إستعانته بطبيب متخصص فى تحاليل الدم [١]. وان كان من الثابت امكانية رجوع المريض على الجراح بدعوى المسئولية فى حالة استعانته بطبيب متخصص فى التحاليل بإعتباره متبوعاً وذلك استناداً إلى المسئولية الطبية لأنه يقع عليه التزام بنتيجة وهو اعطائه دم سليم خال من الفيروسات، إلا أن القضاء قضى فى بعض أحكامه بأحقية المريض بالرجوع مباشرة على طبيب التحاليل لمطالبته بالتعويض بسبب أخلاله بالتزامه لسلامة الدم، ودقته الناشئة عن العقد لمصلحته، وذلك استناداً إلى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير[٢]، ومن باب أولى فإن المريض يمكنه الرجوع على الطبيب المتخصص إذا لجأ إليه مباشرة لكى يتولى عمليات تحليل دمه ونقله [٣].

وتطبيقا لذلك نجد القضاء الفرنسي حكم بمسئولية مركز نقل الدم، لتعويض الاضرار التى لحقت بالمريض بسبب نقل دم ملوث اليه، ولم يلزم القضاء المريض الذى نقل اليه الدم الملوث بإثبات خطأ مركز نقل الدم على أعتبار أن التزام المركز إنما هو التزام بنتيجة موضوعه ضمان سلامة المريض[٤].

كما قضت أيضا بمسئولية الجراح عن الخطأ فى تحليل الدم ومعرفة نوع القصيله، ولو قامت به المرضه، لأنه كان ينبغى على الجراح أن يتأكد من مدى تخصص وكفاءه هذه المرضه[٥].

---

(١) انظر للمزيد من التفصيلات فى هذا البحث صـ ٤٠ بند ٢٧ ومابعده.

(٢) Civ 17 dec. 1954 J.C.P. 1955-2-28490 n Savatier.

(٣) انظر د/ محسن الدين، نظره حديثه إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنيه، صـ ٢٠٥ بند ١٢١.

(٤) Civ. 17 dec. 1954 précité.

(٥) Toulouse 11 Janv. 1960 Dalloz 1960, 662.

المطلب الثاني

أحكام شراء ونقل الأعضاء البشرية(١)
فى القانون المدني والفقه الإسلامى

٥١ – نتناول فى هذا المطلب بيان الأحكام التى يجب أن يلتزم بها الجراح عند قيامه بالتجهيز السابق على اجراء الجراحه وذلك بخصوص شراء ونقل الأعضاء إلى مريضه وذلك فى القانون المدني والفقه الاسلامى على الوجه الآتى:

الفرع الأول

أحكام شراء ونقل الأعضاء البشرية
فى القانون المدني

٥٢ – إن هذه المسألة دقيقة وعلى قدر كبير من الأهمية، نظراً لما تكتسبه يوماً بعد يوم من أهمية بسبب تقدم فن الجراحة الطبية، وما تطالعنا به النشرات الطبيه من إمكانية استبدال أحد أعضاء جسم الانسان بعضو

---

(١) أنظر :

Mile A Jack : Les conventions relatives a la personne physique (Revue, critique de legislation et de jurisprudance, 1933, pp.362 et 5) Les droits extrapartrimoniqux Thése luon 1919- R. Savatier De sanquine Jus D. 1954 Chr XXV. P 141.

– وانظر: د/ حمدى عبدالرحمن، نظرية الحق طبعة ١٩٧٩م، د/ حسام الأهوانى، المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية طبعة ١٩٧٥م – القاهرة.

– وانظر: فى الفقه الاسلامى، د/ عبدالسلام السكرى، نقل وزراعة الأعضاء الآدميه من منظور أسلامى، دراسة مقارنه طبعة ١٩٨٨م د/ على داود الجفال، مرجع سابق، طبعة ١٩٨٥م رسالة دكتوراه جامعة الأزهر صـ ١٢٣ ومابعدها. د/ إبراهيم مصطفى أدى، مرجع سابق جـ ٢ صـ ٦٤٣ رسالة دكتوراه. جامعة الأمام محمد بن سعود الاسلامى بالرياض.

– وانظر د/ محمد الشنقبطى، أحكام الجراحة الطبيه، الطبعة الأولى– ص٣٥١ ومابعدها.

آخر كالعين مثلا ونقل قلب جديد للأنسان، فما مدى مشروعية هذه العمليات فى القانون المدني؟ أى هل اتفاق الجراح الذى يتضمن نقل عضو من أعضاء أحد الأفراد إلى مريضه صحيحاً أم باطلا؟

إننا إذا رجعنا إلى القواعد العامه فى هذا الصدد نجد أنها تبيح التصرف فى الجسم بشروط هى:

أولاً : ألا يؤدى هذا التصرف إلى نقص دائم فى الكيان الجسدى، أى ألا يكون من شأنها إصابه الجسم بعجز شديد أو دائم.

ثانياً: ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو للآداب.

ثالثاً: أن هذه الاتفاقات غير ملزمه، أى يجوز الرجوع فيها وعدم تنفيذها ويلزم موافقة الطرفان.

رابعاً: ونرى أنه يلزم إضافة شرط آخر وهو أن النقل للأعضاء البشريه من شخص إلى آخر أنما يكون على سبيل التبرع وليس بالبيع لأن الانسان لايحق له أن يبيع مالايملك فالانسان ليس له على جسده سوى حق المنفعة فقط أما ملكية الرقبة فهى لله سبحانه وتعالى وجسد الانسان وديعه لديه فيجب عليه بحسب الأصل أن يرد وديعته كاملة لله دون نقصان .

- وبمراجعة الشروط السابقة نجد أن مبدأ معصومية الجسد يقتضى عدم جواز تصرف الأنسان فى كامل جسده سواء بعوض (للورثه) أو بدون عوض كما لايجوز للانسان أن يتفق مع الغير على مثل هذا العمل، كأن يتفق مريض مع الجراح على التخلص من الحياة نظراً

ليأسه من الشفاء فهذا لايمنع من قيام جريمة القتل فى حق الجراح(١).

أما بالنسبه للتصرف فى جزء من الجسد: فطبقا للشروط السابقة نجد أنه مشروط بألايعرض الجراح الجسم للاصابه بعجز شديد أو دائم أو يعرض الحياة للخطر وإلا كان الاتفاق بشأنها باطلا بطلانا مطلقا، كالإتفاق على نقل القلب أو التصرف فى الكبد فهذا يعد وفقا للمفهوم السابق تصرفاً فى الحياة نفسها وبالتالى يحظر مطلقا. وكذلك الاتفاق على نقل عين من شخص على قيد الحياة أو الاتفاق الذى يعقد بين شاب وكهل على أن يتنازل الشاب للكهل عن غدة تناسليه فهذه الاتفاقات باطله لأنها تصيب جسد الانسان بعجز جسيم ودائم (٢)، وأن يكون النقل عن طريق التبرع لأنه لايجوز أن يكون جسم الانسان أو جزءاً منه محلا للبيع فهو ليس مالاً لكى يكون محلا للبيع.

٥٣ - ولكن اذا اتفق من يعطى مع الجراح على نقل جزء من جسده على سبيل التبرع إلى مريضه بما لايعرض الحياة للخطر أو يصيب جسم الانسان بالعجز الجسيم. فهل يصح هذا الاتفاق طبقا للشروط السابقه؟.

سوف نوضح هنا موقف الفقه والمشرع المصرى من الأجابه عن التساؤل على الوجه الآتى:

أولا: موقف الفقه القانونى(٣): اختلف الفقه على مدى صحة هذا الاتفاق فى اتجاهين هما:

---

(١) انظر د/ حمدى عبدالرحمن، مرجع سابق صـ ٤٦، د/ حسام الأهوانى، مرجع سابق صـ ٢٢.

(٢) انظر د/ احمد سلامه، نظريه الحق طبعة ١٩٧٤م صـ ١٧٩، د/ حمدى عبدالرحمن، مرجع سابق صـ٤٦.

(٣) انظر فى عرض ذلك مؤلفنا: النظران العامه للحق دراسة مقارنه بالفقه الاسلامى - طبعة ١٩٩٢م صـ ٢٥، ٣٢ - بند ٦، ٣٠،

د/ حسام الأهوانى، المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية صـ ٢٢ ومابعدها.

د/ حمدى عبدالرحمن، نظرية الحق صـ ٤٧ ومابعدها.

الأول : قال بعدم جواز نقل الأعضاء بين الأحياء ولديه مايبرره.

الثاني: قال بجواز التصرف فى جزء من جسد الانسان فى حدود معينه ولديه أيضا مايستند إليه فى تأييد رأيه: وسنعرض لذلك بشئ من التفصيل على الوجه الآتى:

الاتجاه الأول:

٥٤ – ذهب هذا الرأى إلى عدم جواز نقل الأعضاء بين الأحياء، ويستندون فى تأييد رأيهم بالمبررات الآتية:

(أ) يرون أنه من الناحية القانونيه يقال أن حق الانسان على جسده حق انتفاع فقط، أما ملكية الرقبة فهى لله سبحانه وتعالى، وبالتالى لايجوز للانسان أن يتصرف فى جزء مما لايملك وعليه أن يعيد الجسد لله بالحاله التى تلقاه بها(١). كمن يستأجر قطعة أرض من المؤجر فإن للمستأجر فقط حق الانتفاع على الأرض المستأجرة ولايجوز له أن يتصرف فى أى جزء منها بالبيع أو الهبه لأنه ليس مالكا لها فالملكيه هنا مكفوله لصاحب الأرض وهو المؤجر وعلى المستأجر بمجرد أن ينتهى من الانتفاع بالعين المؤجرة أن يعيد العين إلى المؤجر بالحالة التى تسلمها منه.

(ب) كما يستندون فى تبرير رأيهم إلى اعتبارات الملاءمه وهى أن نقل الأعضاء ستوجد لنا شخصين مريضين فى المجتمع بدلا من شخص واحد هما الشخص المعطى، والشخص الآخذ. فالاول: لاشك أن نقل عين أو كلية منه إلى الغير سيؤدى إلى ضعف جسده علاوه على ماقد يصيبه بمرض نفسى

(١) انظر فى عرض ذلك د/ حسام الأهوانى، مرجع سابق صـ ٢٢، د/ حمدى عبدالرحمن، مرجع سابق صـ ٤٧.

بسبب هذا النقص. أما الطرف الثاني: فإن فائده نقل العضو أو الأعضاء إليه مازالت تحت طور الاحتمال فلم يقطع بنتيجتها من الناحية العملية (١).

الاتجاه الثاني:

٥٥ - يرى انصار هذا الاتجاه مشروعية نقل الأعضاء في حدود معينه، ويستندون إلى مبررات منها:

(أ) يرى البعض من أنصار هذا الاتجاه أن مدى جواز نقل العضو أو عدم جواز نقله يتوقف على مقدار المنفعه التى ستتحقق للطرف الآخر فإذا كانت المنفعه التى ستعود على الطرف الآخر أكبر بكثير من الضرر الذى يلحق بالمتبرع نتيجة استئصال العضو من جسده مثل نقل الدم أو استئصال جزء من جلد الانسان لترقيع جلد إنسان آخر فإن هذا الاتفاق يصح، وفى حالة العكس إذا كانت المنفعه التى ستتحقق للمتبرع له أقل بكثير من الخطر أو الضرر الذى سيلحق بالمتبرع فإن الاتفاق لايصح أى أن أنصار هذا التبرير يبنون صحة الاتفاق على نقل عضو من أعضاء جسد الانسان على الموازنه بين المنفعه التى ستعود على المتبرع له، والضرر الذى سيلحق بالمتبرع(٢).

(ب) وذهب فريق اخر من انصار هذا الاتجاه الى ربط عملية نقل الاعضاء بالمصلحة الاجتماعية التى تترتب على عملية نقل العضو من جسم الانسان، وبالتالى لايجوز أن يترتب على استئصال العضو تهديد للوظيفة الاجتماعية للجسد، وتتهدد الوظيفة الاجتماعية للجسم اذا ترتب على

---

(١) انظر د/ حسام الأهوانى، مرجع سابق، صـ ٢٧ مابعده

(٢) انظر د/ حسام الأهوانى، مرجع سابق، صـ ٣٦ ومابعدها، د/ حمدى عبدالرحمن، مرجع سابق صـ ٤٨ ومابعدها.

الاستئصال تقليل فى الوظيفة الاجتماعية التى يؤديها الجسم دون أن يقابلها فائدة اجتماعية تزيد عن النقص بالنسبه للمتبرع له، فالمعيار هنا مقدار المنفعه التى تعود على المجتمع من عملية نقل الأعضاء بين الاشخاص، ويلزم فى جميع الاحوال موافقة أطراف عملية النقل (المتبرع، والمتبرع له)(١).

(جـ) أما البعض الآخر فقد أستند فى تبرر رأيه إلى حالة الضرورة، أى لكى تتم عملية النقل لابد وأن يكون الخطر الذى سيتعرض له المريض (المتبرع له) محدقاً. أى لابد وأن يكون نقل العضو اليه هو الطريق الوحيد لإنقاذ حياته بشرط ألا يترتب على ذلك تهديداً لصحة المتبرع بخطر جسيم (٢).

– ومن العرض السابق لموقف الفقه نؤيد الرأي القائل بعدم جواز التصرف في جزء من جسد الإنسان بالاتفاق بين الجراح وصاحب الشأن، وذلك حماية لجسد الإنسان من أن ينتقل عضو يؤدي إلى إصابته بعاهة مستدمية أو عجز شديد، والحجج التي ساقها أنصار الاتجاه الثاني الذي يرى جواز نقل الأعضاء في حدود معينة ماهي إلا حجج غامضة ففكرة المصلحة الاجتماعية مثلاً التي يستند إليها البعض في نقل الأعضاء لاتصلح للقياس المنضبط– كما أن الأمر لايخلو من الضرر على المستوى الفردي بالنسبة للمتبرع.

ثانيا: موقف المشرع المصرى والفرنسي من عملية نقل الأعضاء :

٥٦ – بمراجعة التشريعات التى صدرت فى هذا الشأن نجد أن المشرع

---

(١) انظر د/ محمود نجيب حسنى، الحق فى سلامة الجسد ومدى الحماية التى يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والأقتصاد س ٢٩ – ١٩٥٩م – صـ ٥٢٩ – ٦٢٢ د/ حمدى عبدالرحمن، مرجع سابق، صـ ٥٠.

(٢) انظر د/ حسام الأهوانى، مرجع سابق، صـ ٥٣ ومابعدها – د/ حمدى عبدالرحمن، مرجع سابق، صـ ٤٩.

المصرى لم يأخذ بمبدأ نقل الأعضاء بل حرَّم هذا العمل، وأدخله فى نطاق المسئولية الجنائية والمدنية لأن عمليات نقل الأعضاء البشرية تعتبر اعتداء على جسم الانسان، وانتهاك لحصانته وتجرمه نصوص قانون العقوبات لأن كل انتهاك لجسم الانسان يُكَوِّن جريمة الجرح أو الضرب مالم يكن هناك سبب لإباحته وهى مصلحة المريض فى الشفاء[١]، ومن المتفق عليه سواء فى الفقه أو القضاء أن رضاء المجنى عليه لايعد سببا للمشروعيه ولاعنصراً من عناصر جريمة الجرح أو الضرب[٢]، ولذا فلا يبرر التعدى على تكامل جسده ولايكون مانعاً من عقاب المعتدى[٣]. حيث يتضح لنا ذلك من نص المادة (٢) من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م فى شأن التنازل عن العيون: حيث نصت المادة الثانية من القانون المذكور على أن بنك العيون الذى أنشأه القانون يتلقى رصيده من مصدرين:

(أ) عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها.

(ب) عيون الأشخاص التى يتقرر استئصالها. من النص السابق نجد أن المشرع بالنسبه للحالة الأولى، قد أجاز الوصية المضافة إلى مابعد الوفاه والتى توصى بنقل العين، وبناء عليه يجوز نقل عيون المتوفى إلى شخص آخر إذا أوصى بذلك قبل وفاته[٤].

---

(١) J.B Grenoriueau "Commentaire de la toi No. 76-1181 du 22 Déc 1976 Relative eaux prélévements d'organes" Dolloz 1977 p.213.

(٢) P.J. Doll "Transplantation d'organes" Rev. des droits de l'homme, 1974- p.24.

(٣) Doll (P.J.) "La discipline des greffes des transplantation et des autres de disposition concentrant, les corpshumaine" p.83 - paris 1970.

(٤) انظر فى عرض ذلك الرأى د/ حمدى عبدالرحمن، مرجع سابق صـ ٥١ ومابعدها - د/ حسام الأهوانى مرجع سابق صـ ٦٥/٦٦، د/ احمد سلامة، مرجع سابق صـ ١٠٢ ومابعدها.

٥٧ - ولكن التساؤل الذى يثور هو بالنسبه للشطر الثانى من العباره والخاصه بالتبرع بالعيون فهل يجيز القانون للشخص السليم أن يتبرع بأحدى عينيه حال الحياة أم لا؟.

طبقا لنص الفقرة الأولى نرى أن الهبة تكون حال الحياة، وقد أجازها النص بالإضافة إلى إجازته الوصية حيث نص على عبارة «أو يتبرعون بها»، ولكن الحقيقة أن عبارة هذا النص ركيكه وتنقصها الدقة فى الصياغة فالمعنى الصحيح لذلك هو أن قصد المشرع «أو يتبرعون بها على أن تنقل بعد الوفاه» أى تكرار لمعنى الوصية مع التأكيد على انتفاء المقابل «والذى يؤكد هذا المعنى أن اجازة التبرع لبنك العيون بعين سليمه حال الحياة تعد أمراً مخالفاً للنظام العام لأن العين ليست ذلك الجزء من الجسد الذى يسهل أجازة التبرع به على هذا النحو من البساطة لكى يحتفظ به البنك لاستخدامه عند الحاجة، ويؤكد هذا المعنى أيضا ماتعرضه اللائحة التنفيذيه للمادة ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م، والتى تفرض على الطبيب الذى يجرى الاستئصال، أن يحدد سبب الاستئصال والتبرع بالعين السليمة ليست السبب القانونى المقصود من ذلك بل السبب المقصود هو السبب الطبى علاوة على أن هذا العمل يؤدى إلى إصابة الجسم بعجز جسيم ودائم، وبناء على كل هذا **نرى** أن المشرع لايجيز نقل العين السليمة حال الحياة، ولكنه أجاز الوصية بها.

وخلاصة القول أن المشرع المصرى حرَّم عمل نقل الأعضاء البشريه والأنسجة من شخص حى إلى آخر وأعتبره عملا غير مشروعا. **ولكن أرى** أنه في إطار الشروط التي سبق ذكرها يلزم أن يتدخل المشرع لينظم هذه المسألة في حدود معينة يكون قوامها أن يباح النقل لأسباب جوهرية

مشروعة وتتحدد طبياً بتشكيل فريقاً طبياً خلافا للفريق الذي ينوي زرع العضو حتى تنتفي المصلحة في القطع دون مبرر طبي مشروع، وأن تكون بين الأقارب حتى درجة معينة، مع توافر عنصر الرضا على النقل بين الأطراف، وألا يترتب على النقل نقص دائم في الكيان الجسدي، وألا يترتب على ذلك إصابة الجسد بعجز شديد(١)، ويجب أن يكون النقل تبرعاً أي بدون عوض، مع عدم مخالفته للنظام العام أو الآداب كالقطع للتهرب من أداء الخدمة العسكرية(٢) وفي إطار هذا المفهوم وهذه الشروط فيجوز التصرف في نقل الأسنان المخلوعة أو الشعر المقصوص أو الأطراف المبتورة كما يجوز بيع كمية الدم بشرط عدم الإضرار بصحة المتبرع لقوله ﴿ ﷺ ﴾ «لاضرر ولاضرار».

٥٨- موقف المشرع الفرنسي :

على عكس موقف المشرع المصري ذهب المشرع الفرنسي حيث أباح نقل الأنسجة وزرع الأعضاء البشرية، ولقد أباح ذلك من خلال مانص عليه في القانون رقم ١١٨١-٧٦ الصادر في ١٩٧٦/١٢/٢٢م وكذلك المرسوم رقم ٥٠١-٧٨ الصادر في ١٩٧٨/٣/٣١ التي تتعلق بتطبيق القانون المذكور (١١٨١-٧٦) والتي وضحت كيفية إجراء نقل الأعضاء من شخص إلى شخص آخر(٣) حيث نصت المواد فيهما صراحة على مشروعية قطع وزرع الأعضاء بمعرفة الأطباء، هذا وقد نص المشرع في المادة ٧٦ من القانون رقم ١١٨١ على :

---

(1) Savatier: "Les greffes devants le droit" cahiers Laennec, mars 1966. p.29.

(2) Le 3é congrès int. de la société des transplantation d'organes Runi à la Haye le 10 septembre - 1970, le monde 12-9-1970.

(3) J.O. 23 déc P.7365.

أ) يجب ألا يكون زرع الأعضاء إلا بهدف العلاج، مع ضرورة أن يكون الشخص المنقول منه العضو حياً وبالغاً عاقلاً وأن يكون راضياً عن ذلك.

ب) في حالة القصر لايكون النقل إلا برضاء وليه أو وصيه ويكون النقل لعلاج شقيق أو شقيقة له. ويلزم موافقة اللجنة المنصوص عليها والمكونة من ثلاثة أطباء بحد أدنى بالإضافة إلى طبيبين مارسا المهنة لمدة عشرين سنة، ولهذه اللجنة إعلان رأيها بعد فحص كل النتائج المحتمل للقطع سواء من الناحيتين التشريحية والنفسية(١).

وإذا رفض القاصر ذلك فيجب الأخذ برأيه والاعتداد به(٢).

ويستدل أيضاً على مشروعية نقل الأعضاء البشرية بواسطة الأطباء في القانون الفرنسي من نص المادة ٢٢ من قانون اخلاقيات الطب والتي جاء فيها أنه لايمكن لأحد أن يجري قطعاً دون غرض طبي جاد. وذلك فيما عدا حالات الاستعجال أو الاستحالة- وبعد إعلام أصحاب الشأن والحصول على رضائهم(٣).

---

(١) J.O. 4 Déc. P. 1497.

(٢) Art. 1. "En vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélévement peut être effectué sur une personne vinante majeure et jouissant de son intégrité mentabe, ayant librement et experssément consenti. Si le donneur potentiel est un mineur, le prélevement ne peut être effectué que s'il s'agit d'un frère au d'ane soeur de receveur. Dans ce cas, le prélévement ne pourre être pratiqué qui avec le consentement de son représentant légal et après aoutorisatim donnée par un comité composé de trois experts au moins et comprenant deux médecins dont l'un doit justifier de vingt années d'exercice de la profession médical. Ce comité se prononce a après avoir examiné toutes les consquences prévisibles du prélévement tant au plan physique au plan psychologique. Si l'avis du mineur peut être recueilli, son refus d'accepter le prélévement sera tojour respecté".

(٣) Art 22 "Aucune mutilatin ne peut être pratiquée sans motif médical trés sérieux et sauf urgence impossibilité, qu'après mformation des intéressés et avec leu consentement. =

ومما سبق نجد أن المشرع الفرنسي أقر بمشروعية نقل الأعضاء البشرية من شخص حي إلى آخر حيّ سواء كان الشخص بالغاً عاقلاً أو قاصراً مع ضرورة موافقة الشخص المعطي أو ممثله الشرعي إذا كان قاصراً وأن تكون الموافقة صريحة أي مكتوبة وموقعة لدى قاضي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرته موطن المعطي (المادة ٢٢ من المرسوم رقم ٥٠١-٧٨ في ١٩٧٨/٣/٢١م). كما يجب أن يكون النقل مقصوراً على الأجزاء المزروعة كالكلى أو الأصبع والأنسجة المتجددة كالجلد وأن يكون ذلك على سبيل التبرع على أن يكون كل ذلك بعد موافقة اللجنة الطبية المشكلة لهذا الغرض (م٥، ٦ من المرسوم ٥٠١-٧٨).

٥٩- ومما سبق نجد أنه وفقاً لموقف المشرع المصري من مشكلة نقل الأعضاء البشرية فإن الجراح يكون مسئولاً جنائياً ومدنياً عن جريمة جرح عمد في حالة اقتطاع جزء من أنسجة الجسم أو عضو من الأعضاء وذلك بنقلها أو زرعها في جسم المريض، وذلك استناداً إلى عدم وجود نص تشريعي يبيح ذلك لأن الأصل هو حرمة المساس بالجسد الإنساني باعتبار معصومية جسد الإنسان من عدم المساس به ومن المبادئ المستقرة في القانون المصري، أن جسد الإنسان يقع خارج دائرة التعامل، ولايوجد للفرد حق على جسده سوى حق الانتفاع وليس له ملكية الرقبة عليه حتى يصرح له بالتصرف فيه ولهذا فإن أي اعتداء على جسد الإنسان يشكل جريمة جنائية يعاقب عليها المعتدي حتى ولو كان الاعتداء على الجسد برضاء المجني عليه، ولهذا فإذا اعتدى الجراح على المتبرع بنقل جزء من أنسجته أو أحد أعضاء جسده إلى مريض ولو برضائه فإن ذلك يشكل في جانبه جريمة الجرح أو الضرب(١).

= Les prèlevements d'organes peuvent être praliqués que dans les ces et les conditions preuves par la loi".

(١) أنظر د/ أسامة عبد الله فايد، مرجع سابق، ص٣٤٣.

الفرع الثاني

أحكام شراء ونقل الأعضاء البشرية فى الفقه الاسلامى

٦٠ – ان الجراحين يحتاجون عند اجراء بعض العمليات الجراحيه إلى الأعضاء البشريه، ولذا يجب أن نوضح حكم شراء الأعضاء البشريه ثم نتناول بعد ذلك حكم زراعة ونقل الانسجه والأعضاء البشرية من شخص إلى شخص آخر وذلك من خلال تناول آراء الفقهاء فى المسألتين وذلك على الوجه الآتى:

أولا: حكم شراء الأعضاء الآدميه فى الفقه الاسلامى:

٦١ – ان المبدأ العام فى الفقه الاسلامى فى حكم شراء الأعضاء الآمية هو الحرمة[١] للأدلة الآتية:

أ– أن أعضاء الجسد ليست محلاً للتعاقد والبيع، لأنه يشترط في المعقود عليه أن يكون مالا متقوماً أو يكون مباح النفع من غير حاجة وأعضاء الآدمي ليست كذلك[٢].

ب– أن السماح بالمتاجرة بالأعضاء البشرية يؤدي إلى فتح باب الفساد ويدخل جسم الإنسان إلى دائرة المساومات الأمر الذي يتعارض مع حرمة الجسد ومعصوميته.

(١) فتوى المجمع الفقهي في المملكة العربية السعودية في دورته الرابعة ١٨–٢٣ جمادى الآخر ١٤٠٨هـ المادة السابقة.

(٢) أنظر د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي ج٤ ص٥٠٤.

جـ- قول النبي ﴿ ﷺ ﴾ في الحديث القدسي قال «قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فلم يعطه أجره»(١). ووجه الدلالة أن الحديث دل على حرمة بيع الآدمي حرمة شديدة(٢)، وكما يحرم بيع الكل يحرم بيع الجزء للقاعدة الفقهية "التابع تابع"(٣)، ولايقتصر الأمر على بيع الحر فقط بل أن الرقيق في حكم الأحرار في حرمة بيع أعضائهم وذلك لأن ملكية الرقيق إنما هي ملكية انتفاع فقط(٤).

ولكن يجب أن تراعى حالة الضرورة، فإذا لم يجد المسلم من يتبرع له إلا بمقابل فإنه لاحرج عليه في دفع المقابل لمكان الضرورة، والجزاء يكون على البائع هنا.

ثانياً : أحكام نقل الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي:(٥)

سنوضح هنا أولاً : محل النزاع في المسألة ثم نتناول بعد ذلك موقف الفقهاء من تلك المسألة على الوجه الآتي :

أ- محل النزاع في المسألة عند الفقهاء :

٦٢- لاخلاف بين الفقهاء في مشروعية أعادة العضو الذي استئصل بسبب

(١) صحيح البخاري شرح فتح الباري ج٤ ص٤١٧.

(٢) فتح الباري ج٤ ص٤١٨.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١١٧.

(٤) أنظر د/السباعي والبار، الطبيب أدبه وفقهه، دار العلم والدار الشامية ط٢ ص٢٣٠.

(٥) أنظر في عرض ذلك : د/ على داود الجفال، المسائل الطبية المعاصرة وموقف الفقه الإسلامي منها طبعة ١٩٨٢م د/ عبد السلام عبد الرحيم السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، دراسة مقارنة طبعة ١٩٨٨م، د/ إبراهيم مصطفى آدي، أحكام التداوي والتطبيب في الفقه الإسلامي طبعة ١٩٩٠م رسالة دكتوراة / جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض.

حادث أو مرض إلى موضعه مرة أخرى، وهو مايطلق عليه غرس العضو، وقد استدلوا على ذلك بأن النبي ﴿ﷺ﴾ أعاد يد معوذ بن عفراء، ويد حبيب بن بساف وذلك يوم بدر(١)، وما روي أن أحد الصحابة ويدعى قتادة بن النعمان أصيبت عينه يوم بدر، فأخذها النبي ﴿ﷺ﴾ وأعادها إلى موضعها فكان أحسن عينيه(٢).

وقد دلا الحديثين على مشروعية غرس العضو في موضعه مرة أخرى.

٦٣- كما أن الفقه جوز نقل العضو من منطقة إلى أخرى في نفس الجسم، كما يحدث في نقل الجلد وهو مايسمى بغرس الأنسجة وذلك بشرطين:

أ- غلبة الظن بنجاح العملية.

ب- وجود الحاجة والمصلحة في النقل.

وقد استندوا في مشروعية ذلك إلى القياس الأولى، فإذا كان من الجائز قطع العضو وبتره لإنقاذ النفس ودفع الضرر عنها(٣) فإنه يجوز من باب أولى أخذ جزء منه ونقله إلى موضع آخر لاتحاد العلة، وهي إنقاذ النفس ودفع الضرر عنها(٤).

---

(١) أنظر دلائل النبوة ج١ ص٣٢٤.

(٢) المعجم الكبير للطبراني ج١٩ ص٨.

(٣) أنظر بدائع الصنائع ج٧ ص٢٥٧، ٢٩٨ الطبعة الثانية - دار الكتاب العربي بيروت- تكملة البحر الرائق ج٨ ص٧١ حيث رأى الأحناف: أن أطراف الإنسان تعتبر من قبيل الأموال بالنسبة إلى صاحبها، بعكس الجمهور لايعتبرون جسم الإنسان مالا أبداً وإنما يجوز ذلك للضرورة التي تبيح المحظور (بدائع الصنائع ج٧ ص٢٠٢، ٢٣٦، ٢٤٣، ٢٩٩). طبعة دار الكتاب بيروت - الفتاوى الهندية ج٦ ص٣٢.

(٤) أنظر قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم ٩٩ في ١٤٠٢/١١/٦هـ حيث جاء فيه (بعد المناقشة وتداول الآراء قرر المجلس بالإجماع جواز نقل عضو أو جزئه من إنسان حي أو ذمي إلى نفسه إذا دعت الحاجة وأمن الخطر في نزعه وغلب على الظن نجاح زرعه)

٦٤- هذا ولايوجد خلاف بين الفقهاء في حرمة نقل عضو إنسان إلى إنسان آخر يترتب عليه وفاة المتبرع، لقوله تعالى ﴿**ولاتلقوا بأيديكم إلى التهلكة**﴾[1] فوجه الدلالة من الآية أن التبرع بالأعضاء البشرية على وجه يؤدي إلى وفاة المتبرع يعتبر مفضياً إلى الهلاك فيكون محرماً.

٦٥- **أما الخلاف الذي وقع بين الفقهاء فهو في حكم نقل العضو من إنسان ميت أو حي (لايؤدي نقل العضو منه إلى وفاته) إلى شخص آخر، هذا وسنوضح حكم الفقه في هذه المسألة على الوجه الآتي:**

انقسم الفقه في بيان حكم هذه المسألة إلى فريقين :

٦٦- **الفريق الأول :** قال بالتجريم أي أنه لايجوز نقل الأعضاء الآدمية من شخص إلى آخر مطلقاً، أي سواء كان المتبرع حياً أو ميتاً أوصى بذلك قبل موته[2].

(١) البقرة آية ١٩٥.

(٢) أنظر في **الفقه الحنفي** مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر للفقيه عبد الله بن سليمان الحلبي المعروف بداماد أفندي ج٢ ص٥٢٥ سنة ١٣١٦هـ دار إحياء التراث العربي بيروت، الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام ج٥ ص٣٥٤ فيه دار إحياء التراث العربي - بيروت - حاشية ابن عابدين ج٥ طبعة ١٩٦٦م مطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة - وفي **الفقه المالكي**- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للشيخ أحمد الصاوي ج١ ص٤٢٤/٤٣٢. دار إحياء الكتب العربية مصطفى البابي الحلبي القاهرة - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج١ ص٤٢٩- دار الفكر بيروت - وفي **الفقه الشافعي**: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج٨ ص١٦٣ مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة١٩٦٧م - حاشية البجيرمي على شرح الخطيب للشيخ سليمان البجيرمي الشافعي ج٤ ص٢٧٣ دار المعرفة بيروت وفي **الفقه الحنبلي**: كشاف القناع على متن الاقناع لمنصور البهوتي ج٢ ص١٤٦ مكتبة النصر بالرياض- المغني لابن قدامه ج٨ ص٦٠١، ٦٠٢ مكتبة الرياض الحديثة.

وقد استند أصحاب هذا الرأي لتأييد رأيهم بالأدلة الآتية :

أ- قوله تعالى **﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾**[١]

ووجه الدلالة : أن لاتستسلموا إلى أسباب الهلاك بل دبروا لأنفسكم أسباب النجاة[٢]، وإقدام الشخص على التبرع بجزء من جسده سعي إلى هلاك نفسه، وإن كان فيه إحياء للغير، والله نهانا أن نستسلم لأسباب الهلاك.

ونرى أن القول بهذا الدليل : خارج عن محل النزاع لأنه يشترط في جواز النقل ألا تكون حياة المتبرع مهددة بالهلاك، كما أن الشخص المريض إذا مالمتنع عن قبول تبرع الغير له بعضو مع أنه مضطر إليه فإنه يكون ملقياً بنفسه إلى التهلكه فالدليل حجة عليهم لالهم من وجهة نظرنا.

ب- قوله تعالى حكاية عن إبليس **﴿ولآمرنهم فليغيرن خلق الله﴾**[٣]

ووجه الدلالة : أن إبليس يدفع الناس إلى القيام بأفعال قبيحة، ومنها تغيير خلق الله وفطرته بقطع أجزاء من الجسد، ووشم الجلد ففي الآية دليل على تحريم تغيير خلق الله بما في ذلك التبرع بالأعضاء[٤].

ونرى أن الذي تشمله الآية ماكان على وجه العبث، كما في عمليات التجميل التحسينية دون حاجة إلى وجود ضرورة أو حاجة ملحة[٥].

---

(١) البقرة آية ١٩٠.

(٢) زبدة التفسير ص٣٨.

(٣) النساء آية ١١٩.

(٤) الجامع لأحكام القرآن. ج٣ ص١٩٥٩، تفسير القرآن (المنار) ج٥ ص٣٤٩.

(٥) أنظر في تأييد ذلك د/ محمد الشنقيطي، مرجع سابق، ص٣٥٨.

جـ- حديث عائشة عن النبي ﴿ﷺ﴾ أنه قال «كسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم»(١).

ووجـه الدلالة : أن الإنسان له حرمة سواء كان حياً أو ميتاً لايجوز انتهاكاً، ولاشك أن سماع الشخص بأن يقطع الجراح جزء منه لغيره يعتبر انتهاك لحرمته، وكرامته(٢).

ونـرى: أن هذا الحديث خارج عن محل النزاع لأن الأطباء لايقومون بكسر الأعضاء المنقولة بل يحافظون عليها طلباً لنجاح مهمة النقل، علاوة على أن الحديث يمكن أن يدخله الاستثناء للضرورة الملحة.

د- **ومن المعقول** : أن من شروط صحة التبرع أن يكون الإنسان مالكاً للشئ محل التبرع أو مفوضاً من قبل المالك الحقيقي، والإنسان ليس له على جسده ملكية الرقبة بل له حق الانتفاع فقط لأن ملكية الرقبة لله سبحانه وتعالى(٣).

٦٧- **الفريق الثاني** : قال بجواز نقل الأعضاء البشرية، والتبرع بها بين الأحياء، وإباحة أخذ بعض الأعضاء من الموتى(٤).

وقد استند أصحاب هذا الرأي في تأييده إلى الكتاب والمعقول على الوجه الآتي :

---

(١) سنن أبي داود ج٣ ص٢١٢ - الأم للشافعي ج١ ص٢٧٧/٢٧٨ دار المعرفة للطباعة بيروت.

(٢) د/ عبد السلام السكري، مرجع سابق، ص١٣٤.

(٣) د/ محمد الشنقيطي، مرجع سابق، ص٢٥٩.

(٤) انظر في تأييد هذا الرأي فضيلة الشيخ/ جاد الحق على جاد الحق، قضايا إسلامية معاصرة - الفقه الإسلامي مرونته وتطوره ص٢٣٨/٢٣٩ ط روزاليوسف طبعة ١٩٨٧م - انظر د/ محمد الشنقيطي، مرجع سابق، ص٣٥١/٣٥٢. وانظر في عرض هذا الرأي د/ عبد السلام السكري، مرجع سابق، ص١٣٨.

(أ) استدلوا إلى قوله تعالى ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولاعاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾(١).

ووجه الدلالة : أن المحظور قد يباح لدفع الضرر، والآية الكريمة دلت على أن حالة الضرورة تستثنى من مبدأ التحريم العام، والمريض إذا احتاج إلى نقل العضو فإنه يكون في حكم المضطر لأن حياته مهددة بالموت كما في حالة الفشل الكلوي.

وقد رد على هذا الدليل : بأنه لايوافق الدعوى فالدليل يقيد جل تناول هذه المحرمات المذكورة في الآية بقدر ما يدفع الجوع، مع العلم بأن هذا لايؤدي إلى ضرر بالغ بينما قطع العضو يترتب عليه ضرر بالغ بالمتبرع وربما هلك من جراء ذلك.

ولكن يمكن الإجابة على هذا : بأن نقل العضو والتبرع له شروطه وأن الضرورة تقدر بقدرها علاوة على ألا يترتب على النقل أي ضرر للمتبرع.

(ب) **أما المعقول** : فهو أن الإنسان مأذوناً له بالتصرف في جسده بما يحقق المصلحة، وتبرعه فيه مصلحة عظيمة فيجوز فعله.

٦٨- ونخلص من العرض السابق أن الراجح من وجهة نظرنا ماذهب اليه أنصار الفريق الثاني، وهو القول بجواز نقل الأعضاء الآدمية من الحى والميت للضرورة على أن تقدر بقدرها ووفقا للشروط الآتية:

(أ) وجود حالة الضرورة والتى يجب أن تقدر بقدرها .

---

(١) البقرة ١٧٣.

(ب) يجب الا يترتب على الاستقطاع ضرراً فاحش بالمتبرع أى المعطى، وبناء عليه لايجوز مطلقا استقطاع عضو، إذا ترتب عليه موت المعطى كالقلب، والشارع الحكيم قد أقام التساوى بين بنى آدم معصومى الدم، ولايسمح أن يقتل أحدهم لإحياء الآخر.

(جـ). أن يكون النقل على سبيل التبرع دون عوض.

(د) حصول الرضا من المتبرع، أى يكون كامل الأهلية ولايجوز التبرع من القاصر حتى ولو بموافقة وليه. وبالنسبة للميت: فيجب موافقة عصبته بترتيب الميراث. وبالنسبه للميت المجهول فأرى أنه يجب الحصول على إذن النيابة العامة فى ذلك.

(هـ) أن تشكل لجنة طبية محايده غير التى تقوم بالزراعة لتقرر غلبة ظن النجاح للعملية، وعدم حدوث أى ضرر للمتبرع، أى يجب أن تكون المصلحة المترتبة على الزرع لدى المتلقى راجحه، وتكون كذلك إذا ثبت أن الزرع يعد وسيلة ضرورية لعلاجه، ومنتجاً للغاية المرجوه على سبيل الظن الغالب، وبالنسبة لأجزاء الآدامى المسلم يشترط أن يكون المضطر مسلماً(١).

وسند الترجيح السابق :

– أن الله سبحانه وتعالى شرع الإيثار، فيجوز أن يؤثر المسلم أخاه بعضو من أعضائه مالم يتيقن هلاكه من ذلك (٢).

---

(١) أنظر شروط حالة الضرورة : التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ج٢ فقرة ٤٠٠ دار إحياء التراث – بيروت ١٤٠٥هـ–١٩٨٥م ونهاية المحتاج ج٧ ص٢٩٣–٢٩٥. وبدائع الصنائع ج٧ ص٣١٦.

(٢) جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٠٤/١٠٥ "ولو أراد المضطر إيثار غيره بالعظام لاستبقاء مهجته كان له ذلك، وإن خاف فوات مهجته".

- كما أن مفسدة قطع العضو يقابلها مفسدة هلاك المريض المضطر، والثانيه أعظم من الأولى وتطبيقاً للقاعدة الفقهية «إذا تعارض مفسدتان روعى أعضمهما ضرراً بارتكاب أخفهما» [١].فإنه يجوز النقل لدرء المفسدة الأعظم.

- **الراجح من وجهة نظرنا:** أن الانسان مأذون له بالتصرف فى جسده بما فيه الخير لذلك الجسد فى الدنيا والآخرة والإعطاء فيه خير للآذن من جهة الثواب الأخروى لقوله تعالى ﴿**ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصه**﴾[٢] فمادام الإيثار جائزاً فى ترك الطعام والشراب، فكذلك يجوز فى قطع عضو مادام أن صاحبه راضٍ، والضرر من ذلك مأمون.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٩.

(٢) سورة الحشر آية ٩.

الفصل الثاني

أحكام الجراحة المشروعه فى القانون المدني والفقه الإسلامى

٦٩ – نتناول فى هذا الفصل شرح أحكام الجراحة المشروعة، فى القانون والفقه الاسلامى وذلك فى بحثين على الوجه الآتى:

المبحث الأول

أحكام الجراحة المشروعة فى القانون المدني

٧٠ – إن المشرع المصرى لم يتدخل بنصوص تشريعيه ليوضح لنا ماهيه وأحكام الجراحة المشروعة، والجراحات غير المشروعه، ولكنه نص فقط على تجريم بعض العمليات الجراحية إذا ما ارتكبها الجراح، ولذا فإن المرجع فى بيان الجراحات المشروعة وغير المشروعة والتى تتحقق معها مسئولية الجراح المدنية والجنائية هى القواعد العامه فى القانون المدني.

فالقاعدة العامة : أن الأصل هو الإباحة أى اباحة التعاقد. والأستثناء هو الحظر أو المنع، ولذا فإن كل الجراحات مشروعة يحق للجراح أن يتعاقد مع مريضه على اجرائها إلا ماورد نص بتجريمها أى بمنع القيام بها، والتى بمقتضى النص على المنع لايحق للجراح التعاقد مع المريض على اجرائها، وإلا وقع الجراح فى نطاق المسئولية أياكان نوعها وبالتالى فإن إباحة العمل الجراحى بواسطة الجراح يكمن فى إذن المشرع، وذلك من خلال عدم تدخله بنصوص تحظر القيام بالعملية الجراحية، فهذا الإذن من المشرع هو الذى ينشئ له رخصة استثنائية من المحظور، وهو عدم

المساس بالكيان الجسدى للانسان، وبالتالى **فنرى** أن إذن الشارع وفقا لمفهوم القواعد العامه، والتى تنص على أن عدم تدخل المشرع بنص يمنع من ارتكاب الجراحة يعتبر إذناً بمشروعية اجراء العملية الجراحية بواسطة الجراح، فإذن المشرع هو الذى انشأ سبب الاباحه من الناحية التجريدية (١).

ولكن نرى أن ترك تحديد الجراحات المشروعة والمحرمه إلى القواعد العامه والتى تنص على أن الأصل هو الاباحه. والأستثناء هو المنع أى لايكون إلا بوجود نص من المشرع، وبالتالى اباحه العمل الجراحى أيا كان نوعه يحتاج إلى تدخل المشرع بوضع ضوابط لتدخل الجراح جراحياً نظراً لكون العملية الجراحية تتضمن الكثير من المخاطر والأضرار التي قد تؤدى بحياة المريض، ولذا فإن الحكم بجوازها أو عدم جوازها يحتاج إلى وضع ضوابط تساعد على الحكم بمشروعية الجراحه، وذلك حتى لايؤدى الأمر فى ظل غياب هذه الضوابط إلى انتهاك حرمة الكيان الجسدى للانسان، والذى يحرم عليه التصرف فيه، فإن الكيان الجسدى للانسان خارج دائره التعامل، ولذا **نرى** أنه يجب أن يتدخل المشرع هنا لوضع ضوابط اجراء الجراح للعملية الجراحيه، وعدم ترك الأمر هنا للسلطه التقديريه سواء للقاضى أو لغيره من اللجان الفنيه، فيجب أن تبدى اللجان الفنيه رأيها فيما يتعلق بمشروعية العملية الجراحية فى ظل هذه الضوابط لأن الكيان الجسدى للانسان يتمتع بحرمه يجب أن يكون هناك تشدداً فى المساس بها من قبل الجراح.

(١) د/ أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص٤٢– الكويت ١٩٨٣.

ويذهب الفقه (١): إلى القول بأن علة الاباحة تتوافر فى الحالات التى تنتفى فيها علة التجريم بحيث يكون الفعل فى هذه الحالة لايشكل مساساً بحق أو مصلحة جديره بالحماية والعقاب، وانتفاء علة التجريم تتحقق فى حالتين:

الأولى: إذا ماثبت أن الفعل الذى كان الأصل فيه أن يهدد حقاً قد أحاطت به وقت أرتكابه ظروف من شأنها دائماً تعفيه وتجرده تماماً من كل معنى من معانى العدوان وتتحقق هذه الحالة فى ممارسة الجراح لعملة الجراحى أو ممارسة الأطباء لأعمالهم الطبية فقوام هذه الأعمال تنال من السلامة الجسدية لمرضاهم، بيد أن مقارنتها فى ظروف قصد منها شفائهم، واستناداً إلى ترخيص القانون، ورضا المريض يجعل هذه الجراحات مشروعة، ومباحة لتجردها من مفهوم سلامة الجسد (٢).

والثانية: أنه إذا ماثبت أن الفعل لايزال ينتج الأعتداء، ولكن فى الوقت نفسه يصون حقاً أجدر بالرعاية، فتتحقق هذه الصورة فى أفعال التأديب التى يباشرها الوالد على الصغير فرغم أن الفعل فيه مساس بسلامة جسم الصغير، يُعد فى كل الأحوال منتجاً للاعتداء الماس بحق الصغير فى سلامة جسمه، إلا أن هذا الفعل يصون حقاً أجدر بالرعاية، وهو مصلحة الاسرة فى تأديب الصغير ليكون نواة لرجل صالح فى المجتمع، ومن ثم تزول علة التحريم وتبعية الاباحة (٣).

(١) أنظر د/ حسن محمد ربيع، المسئولية الجنائية في مهنة التوليد، دراسة مقارنة ص١٨/١٩- دار النهضة العربية، بحث منشور في مجلة البحوث القانوني والاقتصاد. دورية كلية الحقوق بني سويف- السنة السادسة، والسابعة عام ١٩٩٢.

(٢) د/ حسن ربيع ، مرجع سابق، ص١٩/٢٠.

(٣) أنظر نقض ٢٨/٣/١٩٣٨، مجموعة القواعد القانونية ج٤ ص١٨٤.

وأرى: أن ضوابط العملية الجراحية المشروعة منها مايتعلق بالعملية الجراحية نفسها، ومنها مايتعلق بالجراح ومنها مايتعلق بالمريض، وسوف نناقش هذه الضوابط لعلها تكون دافعاً لتدخل المشرع بوضع أحكام العمليات الجراحيه المشروعة، والتى على ضوئها تتحدد مسئولية الجراح إذا ما أخل بضابط منها. هذا وسنوضح **أحكام الجراحة المشروعة فى القانون المدني** من خلال بيان وشرح ضوابط الجراحه المشروعة سواء المتعلقه بالعملية الجراحيه ذاتها، والمتعلقه بالجراح، المتعلقه بالمريض وذلك فى مطالب على الوجه الآتى:

المطلب الأول

ضوابط الجراحة المشروعة المتعلقة بالعملية الجراحية

٧٢ - إن الجراحة المشروعة يجب أن تتوافر فيها مجموعة من الضوابط لكى نكون بصدد جراحة مشروعة ويمكن ان نتناولها بالتفصيل على الوجه الآتى:

٧٣ - أولا: يجب أن يغلب الظن على نجاح العملية الجراحية:

فلكى تكون أمام جراحة مشروعة يحق للجراح بمقتضاها أن يبرم عقد الجراح مع المريض لاجراء العملية الجراحية، يجب أن تكون نسبة نجاح العملية أكبر من نسبه فشلها وهذا الأمر يكون من خلال نجاح العمليات المماثله بنسبه اكبر من فشلها (١).

---

(١) د/ محمد الشنقيطي، مرجع سابق، ص١١٠.

وعلة هذا الشـرط: مراعـاة لحرمـة النفس فلايجوز تعريضـها للتلف والهلاك، فالاقدام على أجراء الجراحة مع كون نسبة النجاح قليلة يعتبر مغامرة محظورة، فاجراء العملية الجراحية بواسطة الجراح لايخلو من ثلاثة أحتمالات:

الأول: ان يكون فى أجرائها خطورة على المريض وليس فى تركها ضرر.

والحكم فى هذه الحاله: هو عدم مشروعية اجراء العملية الجراحيه، لأن الواجب فى حق المريض عدم تعريض نفسه للهلاك، فإذا ما أقدم الجراح على إجراء العملية الجراحية فى هذه الحالة وحدث الضرر كان مسئولا مسئولية مدنية وجنائية عن إجرائها.

الثاني : أن يكون في ترك إجرائها خطورة (غالبة - محضة) على المريض، وليس في إجرائها ضرر.

والحكم : هو مشروعية تدخل الجراح لإجراء العملية الجراحية، ولذا يجب عليه التدخل لإجرائها، والامتناع عن إجرائها يوجب مسئوليته المدنية، لأن الحظر هنا يختص بعدم إجراء العملية الجراحية، وليس هناك أدنى ضرر (ويقصد الضرر هنا الضرر غير المعتاد أو الطبيعي ككون الرجل يتألم بعدم إحساسه بالجرح).

الثالث : أن تستوي الخطورة في إجراء الجراحة وتركها: بمعنى أن الخطورة بالنسبة للمريض لاتتغير مع إجراء الجراحة فتكون بنفس الدرجة بعد إجراء الجراحة، كما كانت بنفس الدرجة قبل إجرائها.

والرجح من وجهة نظري : هو عدم مشروعية الجراحة في هذه الحالة، لأن الأصل هو عدم الاعتداء على جسد الإنسان، لأن الله سبحانه وتعالى كرمه

لقوله تعالى ﴿ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر﴾[١]، وبالتالي فلايجوز المغامرة بإجراء العملية الجراحية إن لم تكن نسبة النجاح فيها راجحة. ويمكن للمريض متابعة العلاج، فإذا ساءت حالته حسب ماقررته اللجنة الطبية، فإنه يباح تدخل الجراح بالعمل الجراحي، وإذا حدث العكس أي تحسنت حالته فلايشرع له بالتدخل الجراحي، فإذا ماتدخل في هذه الحالة تحققت مسئوليته تجاه المريض.

٧٤- ثانياً : ألا يوجد بديل أخف ضرراً من العملية الجراحية :

وأرى أنه يشترط لإجراء العملية الجراحية، وبالتالي عدم تحقق مسئولية الجراح تجاه المريض ألايوجد بديل ممكن عن العملية الجراحية كالعلاج بالعقاقير الطبية، إذ يجب أن يبدأ الجراح بالعلاج الأسهل ثم الأصعب، أي يجب عليه أن يتدرج بالعلاج، فلايحق للجراح أن يتدخل جراحياً قبل قيامه بتجربة العلاج الأسهل أولاً لأن الضرورة تقدر بقدرها.

٧٥- ثالثاً : أن تترتب المصلحة الراجحة والمشروعة على إجراء العملية الجراحية :

إذا ترتب على إجراء العملية الجراحية مصلحة راجحة جاز فعلها، أما إذا ترتب على فعلها ضرر محض أو ضرر راجح فلايجوز إجرائها، لأن الغرض من الجراحة حفظ الصحة، ودفع المرض فإذا انتفيا هذان الغرضان، انتفى السبب الموجب للترخيص بإجرائها.

ومثال المصلحة المبنية على الهوى والشهوة : المصحلة المترتبة على جراحة تغيير الجنس، والمصلحة المترتبة على جراحة تهدف إلى قطع عضو

---

(١) الإسراء آية (٧٠).

سليم من شخص حتى يعفى من الخدمة العسكرية. فمثل هذه المصلحة لااعتبار لها[١]، وبالتالي إذا ماتدخل الجراح جراحياً لإجراء العملية استناداً إلى مثل تلك المصالح تحققت مسئوليته المدنية والجنائية أيضاً.

٧٦- رابعاً : ألا يوجد نص من المشرع يجرم إجراء العملية الجراحية :

فإذا ماوجد نص يحرم إجراء العملية الجراحية، فإن تدخل الجراح هنا يكون تدخلاً غير مشروع لأن العمل الجراحي غير مشروع، لأن سبب إباحة عمل الجراح يمكن في إذن المشروع الذي ينشئ له رخصة استثناءاً من المحظور[٢]، وبالتالي فإذا خالف الجراح إرادة المشروع في منع إجراء بعض العمليات الجراحية، وقام بإجراء العمليات الجراحية التي حرم المشرع على الجراح القيام بها فإنه يكون مسئولاً مسئولية مدنية وجنائية.

---

(١) د/ محمد الشنقيطي، أحكام العمليات الجراحية ص١١٦.

(٢) د/ أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ص٤٢- الكويت ١٩٨٣م.

المطلب الثاني

ضوابط الجراحة المشروعة المتعلقة بالجراح

٧٧- يشترط لجواز قيام الجراح بالعمل الجراحي أن يكون هذا الجراح أهلاً للقيام بهذا العمل الجراحي، والمقصود بالأهلية هنا أن يكون ذا علم بالمهمة الجراحية المطلوبة، وأن يكون قادراً ومتمكناً من التطبيق والأداء على الوجه المطلوب، أي يكون بصيراً بالطب وهو مايطلق عليه شروط ممارسة مهنة الطب، والتي تناولها الفقه والقضاء تحت مايسمى بالشروط الشكلية والموضوعية. سنتناولها بالتفصل فيما بعد في هذا الفرع ولكن يجدر بنا أن نشير إلى أن شروط ممارسة العمل الجراحي لاتكفي بذاته لكي يصبح ممارسة العمل الجراحي مباحاً بالنسبة للجراح بل لابد من توافر ضابط هام آخر لدى الجراح. وهو ضابط القصد الجراحي المشروع لدى الجراح. فهذا الضابط لابد من توافره لدى الجراح عند تدخله الجراحي وذلك بأن يكون قصد الجراح من التدخل الجراحي لدى المريض هو العلاج والشفاء، وليس القصد من الجراحة مجرد التجربة لإشباع شهوة عملية لدى الجراح أو يقصد منع النسل لمصلحة يتوخاها، فإن العمل الجراحي يكون غير مشروع ولو كان برضاء المريض (المجني عليه)، لأن سلامة جسم الإنسان لايباح المساس بها إلا بفائدة الإنسان نفسه، وبقدر يتناسب مع تلك الفائدة(١).

هذا ونشير إلى هذا الضابط أولاً موضحين موقف المشرع والقضاء من

---

(1) Savatier (R) : Traité de la responsibilité civ. 11, No. 787.

ضرورة توافر هذا الضابط، على أن تعقب ذلك يتناول الشروط اللازمة توافرها لدى الجراح حتى يكون مؤهلاً لممارسة العمل الجراحي المشروع وذلك في فرعين على الوجه الآتي :

الفرع الأول

قصد العلاج أو الشفاء

٧٨- إن القصد من هذا الضابط أن يكون غرض الجراح من إجراء الجراحة إما حفظ الصحة الموجودة أو رد الصحة المفقودة بقدر الإمكان، أو إزالة العلة أو تقليلها بقدر الإمكان، أو تحمل أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهما أو تفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما، وكل هذا ينصب في قصد الجراح، وهو أن يكون الهدف النهائي من إجراء الجراحة العلاج أو الشفاء بقدر الإمكان.

٧٩- وهذا الضابط قد أشار إليه المشرع المصري، وذلك بالنص في المادة ٦٠ من قانون العقوبات[١] بقوله "لاتسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة".

فالجراح عند إجراء الجراحة يجب أن يتوافر لديه حسن النية حتى يضفي على عمله المشروعية[٢] وتستلزم حسن النية أن يكون قصده من الجراحة هو العلاج أو الشفاء إن أمكن، ومقتضى ذلك أنه إذا كانت النصوص القانونية تعطى للجراح الحق في إجراء العملية الجراحية، فيجب أن يكون استهدافه من إجراء العملية الجراحية هو تحقيق العلاج

---

(١) القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م.

(٢) أنظر د/ عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب إباحة، رسالة دكتوراه ص٣٦٦ سنة ١٩٦٨م.

للمريض، ولايجب أن يكون قصده تحقيق غاية أخرى كإجراء تجربة علمية، فليس له أن يحتج بالحق الذي منحه القانون طالما أنه سئ النية(١).

كما تناولت هذا الضابط لائحة أدبيات مهنة الطب في مادتها الرابعة عشر بقولها "يجب على الطبيب بذل كل مافي وسعه نحو مرضاه، وأن يعمل على تخفيف آلام المرضى".

والنص السابق ينص صراحة على ضرورة توافر ضابط قصد العلاج لدى الجراح حتى تضفي على الجراحة صفة المشروعية، ولايكفي فقط أن ينص القانون على إباحة العمل الجراحي، بل لابد أن تتوافر معها قصد العلاج لدى الجراح أثناء مزاولة العمل الجراحي، وأن تكون غايته علاج مريضه وتخفيف آلامه، وإلا كان سئ النية إذا قصد شيئاً آخر، وبالتالي يقع تحت طائلة المسئولية.

٨٠- أما المشرع الفرنسي :

فقد نص صراحة على ضرورة توافر هذا الضابط حتى يضفي على العمل الجراحي صفة المشروعية وذلك في المادة الثامنة عشر من قانون أخلاقايت مهنة الطب بقوله "يجب على الطبيب (ومثله الجراح) أن يمتنع عن إجراء أبحاثه أو فحوصه أو وصف علاج يترتب عليه أخطار للمريض لامبرر لها"، وأكد ذلك في المادة الثانية والعشرين بقوله "لايجب إجراء بدون توافر غرض طبي جاد، عدا حالات الاستعجال والضرورة، وبعد إعلام المريض أو من ينوب عنه شرعاً والحصول على الرضا الصريح، وعدم جواز اقتطاع الأعضاء لزرعها إلا في الحالات وبالشروط المنصوص عليها في القانون".

---

(١) أنظر نقض مدني ٨ مارس ١٩٨٣، مجموعة القواعد القانونية ج٤ رقم ١٨١ ص١٦٩. أشار إليه د/أسامة قايد في مرجعه السابق ص١٨١.

ومما سبق نجد أن المشرع الفرنسي ذهب أكثر من المشرع المصري من النص صراحة على ضرورة توافر قصد العلاج لدى الجراح كضابط هام لاعتبار العمل الجراحي الذي يقوم به مشروعاً، فيجب أن تكون غايته من عمله تحقيق مصلحة للمريض لا الإضرار به، وذلك كله يفرض حماية المرضى ومنعاً من انحراف الجراحين أو تعسفهم في استخدام حقهم في ممارسة مهنة الجراحة تحقيقاً لمصلحة علمية أو شهرة شخصية[١].

٨١- هذا وقد أيدت محكمة النقض المصرية ضرورة توافر قصد العلاج لدى الجراحين حيث قضت[٢] بأن "للطبيب أن يصف المخدر للمريض إذا كان لازماً لعلاجه، وهذه الإجازة مرجعها سبب الإباحة المبني على حق الطبيب في مزاولة المهنة بوصف الدواء، مهما كان نوعه، ومباشرة إعطائه للمريض، **ولكن هذا الحق يزول وينعدم قانوناً بزوال علته، وانعدام أساسه فالطبيب الذي يسئ استعمال حقه في وصف المخدر فلايرمي من وراء ذلك علاج طبي صحيح**، بل يكون قصده تسهيل تعاطي المخدرات لمدمنيها، ويجري عليهم حكم القانون أسوة بسائر الناس".

ومن الحكم السابق نجد أن محكمة النقض المصرية ذهبت إلى ضرورة توافر ضابط قصد العلاج لدى الجراح ولايكفي أن تكون العملية الجراحية من العمليات المشروعة بل، إن انتفاء قصد العلاج أو الشفاء لدى الجراح، وتجاوزه حدود الحق أو الغاية التي من أجلها رخص له المشرع في القيام

(١) د/ أسامة قايد، مرجع سابق، ص١٨٠.

(٢) نقض مدني ١٩٤٥/٦/٤ مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ٥٨٨ ص٧٢٥. وجاء في نقض ١٩٣٥/١٢/٦م، مجموعة القواعد القانونية ج٣ رقم ٤١٤ ص٥٢٤ «بأن الطبيب الذي يسئ استعمال حقه في وصف المخدرات فلايرمي من وراء وصفها إلى علاج طبي صحيح- بل يقصد أن يسهل للمدمنين تعاطي المخدرات أسوة بغيرهم من عامة الناس، ولايجد به أن للأطباء قانوناً خاصاً هو قانون مزاولة مهنة الطب».

بالعملية الجراحية ينفي عن أعماله صفة المشروعية، ويجعل عمله من قبيل الجرائم التي يعاقب عليها غيره من عامة الناس، ويجعله مسئولاً عن إتيانها مدنياً وجنائياً[١]، حتى ولو **كان قيامه بالعمل الجراحي بناء على رغبة أو رضاء المريض لتحقيق** مصلحة خاصة به كقيامه بقطع أحد الأطراف للتهرب من أداء الخدمة العسكرية مثلاً.

وذلك لأن رضا المريض لايعفي الجراح من المسئولية في حالة عدم توافر قصد العلاج لديه، لأن الأصل وجوب أن تكون جهود الجراح موجهة إلى شفاء المريض، ولذا فقبول المريض الذي أجريت له العملية بدون قصد العلاج أو الشفاء لدى الجراح، وإنما أجراها بهدف آخر كالتجربة عليه مثلاً لايعفيه من المسئولية إذ هو رجع عليه ليطالبه بالتعويض عما لحقه من ضرر[٢]، لأن رضاء المريض لايطهر عمل الجراح ولايعفيه من المسئولية في حالة عدم وجود ضابط قصد العلاج لدى الجراح، فرضاء المجني عليه لايمنع بذاته من عقاب الجراح على جريمة الجرح أو القتل عمداً بالمواد (٢٣٦، ٢٤٠) عقوبات مصري، فليس الرضا سببا من أسباب الإباحة في الجرائم التي تمس جسم الإنسان، لأن سلامة جسم الإنسان من النظام العام وحمايتها أمر يقتضيه مصلحة المجتمع[٣].

٨٢- **أما القضاء الفرنسي :** فقد ذهب إلى ما أخذ به القضاء المصري من ضرورة توافر ضابط قصد العلاج أو الشفاء بقدر الإمكان لدى الجراح،

(١) يخضع في ذلك لنصوص قانون العقوبات الخاصة بالجرائم العملية (م ٢٤٠ - ٢٤٤ عقوبات مصري).

(٢) ليون دنيس في التعليق على باريس ١٩١٣/١/٢٢ داللوز ١٩١٩-٢-٧٣ ديفلو ص١٢١،٩٥.

(٣) أنظر د/حسن زكي الإبراشي، مسئولية الأطباء والجراحين ص٢٨٩/٢٨٨- د/ أحمد محمد إبراهيم مسئولية الأطباء في الشريعة الإسلامية وفي القانون المقارن- مجلة الأزهر مجلد ١٩سنة ١٣٦٧هـ ص٨٣٠.

وقد قضي في أحكام[1] بأن الجراح يجب أن يتوافر لديه قصد الشفاء أو توافر الضرورة العلاجية، وإلا كان مرتكباً لجريمة عمدية ويعاقب عليها بنصوص المواد ٣٠٩-٣١١ عقوبات فرنسي. كما قضت المحاكم الفرنسية أيضاً في شأن ضرورة توافر قصد العلاج لدى الجراح، بأن اخضاع الجراح مريضه لفحوص وأبحاث طبية أو جراحية لم يكن الدافع منها مصلحة المريض، وإنما القصد منها تحقيق مصلحة علمية، يُعد مرتكباً لخطأ مهني يستوجب تحقيق مسئوليته الجنائية والمدنية.

٨٣- ومن استعراض موقف المشرع والقضاء المصري والفرنسي نجد أنهم أجمعوا على ضرورة توافر ضابط قصد العلاج أو الشفاء بقدر الإمكان لدى الجراح، وحتى مع إباحة العملية الجراحية فلايكفي أن تكون العملية الجراحية من العمليات المشروعة وغير المحرمة حتى يحق للجراح القيام بها بل لابد وأن يتوافر لدى الجراح قصد العلاج أو الشفاء، حتى تنتفي الصفة الإجرامية عن عمل الجراح، ولايحق له أن يجعل من العمليات الجراحية مجالاً لتحقيق أغراض أخرى غير العلاج أو الشفاء حتى ولو كان برضاء المريض نفسه سواء لتحقيق مصلحة علمية للجراح أوللمريض، وإلا كان واقعاً تحت طائلة المسئولية المدنية والجنائية.

---

(١) قضت محكمة Chateauraux في حكمها الصادر في ١٩٤٩/١٢/٢١م، الأسبوع القانوني ١٩٥-١١-٨-٥٤٠٨، بإدانة الطبيب الذي يجري إجهاضاً لإمرأة دون أن يتوافر لديه قصد العلاج أو توافر الضرورة العلاجية.

كما جاء في نقض ١٩٣٧/٧/١م سيرى ٣٨-١-١٩٣- وتعليق R.Torlat واللوز الأسبوعي ١٩٣٧ ص٥٣٧ "بأن الطبيب الذي يقوم بإجراء جراحة لإمرأة يستأصل منها مبيض التناسل بناء على طلبها يكون مرتكباً لجريمة عمدية". نقض ١٩٦٣/٢/٧" جانيت دى باليه ١٩٦٣-٢-٢٨٣ وأنظر ب- ليون ١٨٥٩/١٢/١٥- واللوز ١٨٥٩-٣-٨٧.

أما فيما يتعلق بكيفية تحديد قصد العلاج لدى الجراح فيمكن الرجوع إلى نية الجراح لمعرفة مدى توافره من عدمه فإذا كانت جهوده خالصة لمصلحة المريض فلامسئولية عليه لتوافر قصد العلاج مع توافر باقي الشروط الأخرى وهي المتعلقة بالعملية الجراحية أو بالجراح نفسه أو بالمريض والتي سنشير إليها فيما بعد[١]، لأنه لم يحد عن حدود مهنته، ولم يخرج عن الأغراض التي بسببها أباح المشرع له العمل الجراحي، أما **إذا كان غرضه إجراء تجربة علمية بقصد ملاحظة نتائجها مثلاً والإفادة منها،** فإنه في هذه الحالة ينتفي لديه قصد العلاج أو الشفاء للمريض وبالتالي يكون مسئولاً لأن المشرع عندما أعفى الجراح من مسئولية الجرح العمد أو الضرب المفضي إلى الموت إنما كان بسبب مراعاة مافي تدخلهم من فائدة المريض نفسه، فسلامة جسم الإنسان لايجوز المساس بها إلا لضرورة فائدته وبقدر يتناسب مع تلك الفائدة[٢].

---

(١) أنظر ص ١٠٢ ومابعدها من هذا البحث بند ٨٤ ومابعده.

(٢) سافاتييه، مرجع سابق، ج٢ ص٧٨٧- أنظر د/ حسن الأبراشي، مرجع سابق ص٢٩٠.

الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها لدى الجراح لممارسة العمل الجراحي

٨٤- لكي يمارس الجراح العمل الجراحي، ويكن مشروعاً بالنسبة له، يجب أن تتوافر لديه شروط مزاولة المهنة سواء تعلقت هذه الشروط بالناحية الشكلية أو بالناحية الموضوعية (ضرورة الالتزام بالمعطيات العلمية الطبية المكتسبة عن مماسة العمل الجراحي) أي ضرورة اتباع الأصول العلمية في العمل الجراحي وسنتناول بإيضاح هذه الشروط بالتفصيل على الوجه الآتي :

أ- الشروط الشكلية :

٨٥- لقد أجملها المشرع المصري في المادة الأولى والثانية من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤م في شأن مزاولة مهنة الطب على الوجه الآتي:

المادة الأولى : «لايجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الآدميين للتشخيص الطبي المعملي بأية طريقة كانت أو وصف نظارات طبية، وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأية صفة كانت إلا إذا كان مصرياً أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب بها، وكان اسمه مقيداً بسجل الأطباء بوزارة الصحة العمومية، وبجداول نقابة الأطباء البشريين، وذلك مع عدم الإخلال

بالأحكام الخاصة المنظمة لمهنة التوليد[1].

ويستثنى من شرط الجنسية الأجانب الذين التحقوا بإحدى الجامعات المصرية قبل العمل بأحكام القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٨م"

"المادة الثانية : «يقيد بسجل وزارة الصحة من كان حاصلاً على درجة بكالوريوس الطب والجراحة من إحدى الجامعات المصرية[2]، وأمضى التدريب الإجباري المقرر.

ويتم التدريب الإجباري بأن يقضي الخريجون سنة شمسية في مزاولة مهنة الطب بصفة مؤقتة في المستشفيات الجامعية والمستشفيات والوحدات التدريبية التي تقرها الجامعات وذلك تحت إشراف هيئة التدريس بكليات الطب أو من تندبهم مجالس الكليات لهذا الغرض من أطباء المستشفيات والوحدات المذكورة، ويكون ذلك وفقاً للنظم التي يصدر بها قرار من وزير التعليم العالي بالاتفاق مع وزير الصحة.

كما يقيد بالسجل المشار إليه من كان حاصلاً على درجة أو دبلوم أجنبي يعادل لدرجة البكالوريوس التي تمنحها جامعات مصر وأمضى بعد حصوله على هذا المؤهل تدريباً لمدة سنة معادلاً للتدريب الإجباري، وبشرط أن يجتاز بنجاح الامتحان المنصوص عليه في المادة الثالثة من هذا القانون.

---

(١) القانون رقم ٤٨١ لسنة ١٩٥٤م في شأن مزاولة مهنة التوليد، والمادة الرابعة من القانون ١٤٠ سنة ١٩٨١م تنص على أنه "يستدل بعبارات المولدة والمولدات ومساعدة المولدة ومساعدات المولدات والقابلة والقابلات الواردة في القانون رقم ٤٨١ لسنة ١٩٥٤م المشار إليه عبارة المرخص لها أولهن بمزاولة مهنة التوليد وذلك حسب الأحوال". لذا لزم التنويه.

(٢) ذكر في النص "عن إحدى الجامعات بالجمهورية العربية المتحدة" وإذا لزم التصحيح بعد تعديل الإسم والعودة إلى الإسم الأصلي وهو جمهورية مصر العربية. لذا لزم التنويه.

ويصدر بهذه المعادلات قرار من لجنة مكونة من أربعة من الأطباء البشريين يعينهم وزير الصحة على أن يكون إثنان منهم على الأقل من عمداء كليات الطب».

٨٦- ومما سبق يمكن أن نستخلص الشروط التي يجب توافرها لدى الجراح باعتباره طبيباً لممارسة مهمة الجراحة وهي:

١- المؤهل العلمي :

لكي يمارس الجراح مهنة الجراحة يجب أن يكون حاصلاً على بكالوريوس الطب والجراحة من إحدى الجامعات المصرية، ويلزمه أن يتم التدريب الإجباري ومدته سنة شمسية أي ميلادية وذلك حتى يكون له الحق في ممارسة مهنة الطب بصفة عامة أي "ممارس عام"، ويستلزم أيضاً بالإضافة إلى ذلك لكي يمارس مهنة الجراحة أن يكون حاصلاً على دبلوم التخصص في الجراحة العامة أو في الجراحة التخصصية التي يرغب في التخصص فيها، ولذا إذا قام الطبيب المارس بإجراء العمليات الجراحية التخصصية دون أن يكون مؤهلاً لذلك بحصوله على دبلوم التخصص كان مسئولاً عن الأضرار التي تلحق بالمريض حتى ولو كانت العملية الجراحية من العمليات الجراحية المشروعة، فيجب أن يمارس إجراء العمليات الجراحية طبيب متخصص في الجراحة أي يجب أن يكون حاصلاً على دبلوم التخصص في الجراحة على الأقل وذلك حتى يكون على دراية علمية بالجراحة التي يجريها.

ولقد أخذ بذلك المشرع الفرنسي عندما اشترط بالنسبة للجراح ضرورة الحصول على دبلوم التخصص لمزاولة الجراحة حيث نص على ذلك في المادة ٣٧٢ فقرة ٤ من قانون الصحة الفرنسي.

وإذا كان المشرع المصري قد اكتفى بشرط الحصول على بكالوريوس الطب والجراحة في المادة الثانية من قانون مزاولة مهنة الطب إلا **أنني أرى** أن ذلك لايتعارض مع ضرورة حصول الجراح على دبلوم التخصص حتى يصرح له بممارسة مهنة الجراحة، وذلك حتى يكون على دراية علمية بالجراحة، ويجريها وفقاً للأصول العلمية أي وفقاً للمعطيات العلمية المكتسبة– وهو الشرط الموضوعي الذي يجب توافره في الجراح – وسنشير إليه فيما بعد في ثانياً من هذا الفرع – وإلا كان مسئولاً أي ممارساً عملاً خارج تخصصه، لأن بكالوريوس الطب والجراحة لايسمح له إلابالممارسة العامة لمهنة الطب فقط أي بالكشف الظاهري فقط، ولايعطي له حق إجراء الجراحة إلا إذا حصل على ترخيص بذلك وهو حصوله على دبلوم التخصص في الجراحة.

وقد أيدت ذلك محكمة النقض المصرية[١] حيث نصت بأنه «يلزم حصول الطبيب على الإجازة العلمية حتى يمكن ممارسة المهنة ومفهوم الإجازة العلمية لايقصد به بكالوريوس الطب والجراحة فقط، بل يشمل أيضاً دبلوم الدراسات التخصصية في نطاق مهنة الطب»، وهي تقضي بالنسبة للجراح الذي يمارس مهنة الجراحة دبلوم الجراحة العامة على الأقل.

كما قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية حيث نصت على "ضرورة حصول الجراح على دبلوم التخصص حتى يمارس العمليات الجراحية، وإلا عُد مرتكباً لجريمة الممارسة غير المشروعة المنصوص عليها في المادة ٣٧٢ من قانون الصحة العامة"[٢].

---

(١) نقض مدني في ٢٠/٢/١٩٦٨– مجموعة أحكام النقض س١٩ رقم ٤٦ ص٢٥٤.

(٢) Crim 7-1-1970-D, 1970 Som p.78. Crim 26-11-1971.

أمـا بالنسـبـة للحـاصلين على دبلوم أجنبي أو درجـة البكالوريوس المعادلة، فقد أشارت المادة الثانية من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤م إلى أحـقية من مضـي منهم التـدريب الإجـبـاري ومـدته سنة مـعـادلاً للتـدريب الإجباري في مـصر، مع اجتيازه لامتـحـان أمـام لجنة مشكلة من أطباء يختارهم وزير الصحة من بين من ترشحهم مجالس كليات الطب المصرية.

٢- الجنسية :

هي الرابطة التـي تقـوم بين الفـرد والدولة التي ينتـمـي إليـهـا، والتي بمقتضـاها يعد من رعاياها ومكونا لشعبها، فهي الصلة التي بها ينتسب الفرد إلى الدولة، ولذا فـهي علاقة قانونية بين الفرد والدولة يصير الفرد بمقتضاها عضواً في شعب الدولة.

ولقد نصت المادة الأولى في القانون السابق فيمن يمارس مـهنة الطب والجراحـة في مـصـر أن يكون متمتعاً بالجنسيـة المصرية سـواء ثبتت له لحظة الميلاد من أب مـصري أو أبوين مـصريين، أو ثبتت له في وقت لاحق للميلاد واستئناداً إلى واقعة استجدت بعد الميلاد كالزواج أو التجنس.

والعلة في توافر هذا الشرط : أن مزاولة مهنة الطب والجراحة تقتضي القيام بأعـمـال تعد من قبيل المسـاس بسلامـة الجسـد، كمـا تسمح له أن يطلع على أسـرار مـريضـه الخـاصـة، الأمـر الذي يسـتلزم أن يكون من يمارس الجراحة مصرياً داخل مصر.

وقد أشـارت المادة السـابقـة إلى استثناء من شرط الجنسيـة، خـاص بالأجـانب الذين التـحـقـوا بإحـدى الجامـعـات المصرية قـبل العمل بأحكام القـانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٨م الخـاص بممارسـة مـهنة الطب في مـصر

المعدل بالقانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤م. والنص السابق يتسم بالغموض فهل يقصد الأجانب الذين التحقوا بإحدى كليات الطب في إحدى الجامعات المصرية قبل صدور القانون أم المقصود به الالتحاق بأي كلية بإحدى الجامعات المصرية قبل صدور القانون، وبالتالي إذا ماعاد التحق الأجنبي بإحدى كليات الطب بعد صدور القانون يحق له أن يمارس مهنة الطب على اعتبار أن النص العام اشترط فقط الالتحاق بإحدى الكليات بالجامعات المصرية قبل صدور القانون المذكور دون الإشارة إلى كلية بعينها. **والراجح من وجهة نظري** أنه يجب أن يفسر النص على أن المقصود الالتحاق بإحدى كليات الطب بإحدى الجامعات المصرية قبل صدور القانون لأن ذلك التفسير هو الذي يتفق وغرض المشرع من وضع النص.

٣- التسجيل :

لقد تطلب المشرع ضرورة قيام الطبيب الجراح بضرورة تسجيل المؤهل العلمي الحاصل عليه وهو بكالوريوس الطب والجراحة وكذلك دبلوم التخصص في الجراحة في السجل المعد لذلك بوزارة الصحة وذلك كشرط لمزاولة مهنة الجراحة في مصر.

ولكن المشرع أعطى استثناءاً لوزير الصحة بالتصريح لبعض الأطباء بممارسة مهنة الطب لمدة محدودة حتى ولو لم تتوافر فيهم بعض الشروط السابقة وذلك في حالات محددة هي:

أولاً : في حالة انتشار الأوبئة في البلاد حيث يحق للوزير وبصفة استثنائية وللمدة اللازمة لمكافحة الأوبئة أن يصرح لأطباء لاتتوافر فيهم بعض الشروط المنصوص عليها في المادة الأولى والثانية من القانون المذكور سابقاً.

ثانياً: إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك. وترك النص تقدير المصلحة العامة هنا للوزير المختص.

ثالثاً: يجوز للوزير أن يرخص للأطباء الذين يعينون أساتذة أو أساتذة مساعدين في إحدى كليات الطب المصرية في مزاولة مهنة الطب مدة خدمتهم -ولو لم تتوافر فيهم بعض الشروط المطلوبة- وعلى سبيل المثال: الأساتذة الأجانب ذو الخبرات النادرة وذلك للاستفادة من خبراتهم في علاج الأمراض باستخدام الأساليب العلمية الحديثة في مجال الطب.

٤- القيـد :

ويشترط القانون أيضاً أن يقيد الطبيب الجراح بنقابة الأطباء البشريين بعد تسجيل الشهادة في وزارة الصحة بالسجل المعد لذلك.

ب- التزام الجراح بالمعطيات العلمية الطبية المكتسبة في مجال الجراحة:

٨٧- لايكفي أن تتوافر الشروط السابقة أي الشكلية لدى الجراح حتى يمارس العمل الجراحي المشروع، وبالتالي يعفى من المسئولية، ولكن يجب عليه أن يلتزم عند إجراء الجراحة بالمعطيات العلمية الطبية المكتسبة في مجال الجراحة[١] أي يجري العمل الجراحي في حدود القواعد والأصول الطبية التي يعرفه عالم الطب والجراحة[٢].

---

(١) أنظر د/ السيد محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية طبعة ١٩٩٢ - مؤسسة الثقافة الجامعية - الاسكندرية- ص٤١ ومابعدها، بند ٢٤ ومابعده.

(٢) أنظر: حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٨/١/٨م - مجموعة أحكام النقض لسنة ١٩ رقم ١٤١ ص٢١ حيث قضت: بأنه من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون مايجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة، فإذا مافرط في اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية بحسب تعمده ونتيجة تقصيره، وعدم تحرزه في أداء عمله. أنظر أيضاً حكم محكمة مصر الابتدائية في ١٩٢٧/٥/٢م - المجموعة الرسمية س٩ رقم ١١ ص٢٠، حكم محكمة الجيزة الابتدائية في ١٩٣٥/١/٢٦ - المحاماة س١٥ رقم ٢١٦ ص٤٧١.

Dr Louis et Jean "La responsibilité - civil du médecin", 1978. GGP 50 et s - **J. Poulelty**. "intervention à la table rond sur la responsabilité medical" concours médical. 1970 p.593.

ويقصد بالمعطيات العلمية الطبية المكتسبة في مجال الجراحة (القواعد والأصول الطبية)، تلك الأصول التي يتعارف عليها أهل العلم في مجال الطب الجراحي ولايتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينسبون إلى علمهم وفنهم(١).

كما عرف الفقه(٢) الأصول العلمية الطبية بأنها: الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء والتي يجب أن يلم كل طبيب وجراح بها وقت قيامه بالعمل الطبي أو الجراحي.

فإذا كان قصد الجراح كما ذكرنا سابقاً(٣) هو شفاء المريض بتدخله الجراحي فيجب أن يتعين عليه عند إجراء الجراحة ألا يخرج في إجرائها عن الأصول العلمية الثابتة التي يعترف بها أهل العلم ولايتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها، أي يجب عليه ألا يخرج عن المعطيات العلمية المكتسبة في إجراء العملية والجراح عند إجرائه الجراحة يكفيه أن يتبع في إجرائها إحدى الطرق المعترف بها طالما أن الطريقة التي يطبقها في إجراء الجراحة تتفق مع القواعد الطبية المعروفة، وطالما أنها ترتكز على المعطيات العلمية المكتسبة، ولذا فإن الجراح لايسأل عن الآثار السيئة التي تحدث نتيجة لاتباع هذه الطريقة في إجراء الجراحة طالما أنها تمت وفقاً للأصول العلمية(٤)، ولكن تقوم مسئوليته إذا ثبت وجود خطأ من جانب

---

(١) أنظر حكم محكمة مصر الابتدائية ٣/١٠/٩٤٢ - المحاماة س٢٦ رقم ٥٥ ص١٣١.

(٢) أنظر د/ أسامة فايد، مرجع سابق، ص١٦٠ - وأنظر في الفقه الفرنسي:
Akida (M). "La responsibilité pénal de médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudance" Lyon. 1981 p.109 et s.

(٣) أنظر في هذا البحث ص ٩٤ ومابعدها بند ٧٨ ومابعده.

(٤) نقض فرنسي ١٨/١٠/١٩٣٧ داللوز الأسبوعي ١٩٣٧-٥٤٩.

الجراح[١]، وهذا الخطأ يستنتج عادة من الإهمال الذي حدث من جانب الجراح عند قيامه بالعملية الجراحية[٢].

والخلاصة أنه يجب على الجراح إذا ماقام بتشخيص المرض لمريضه، وقرر إجراء الجراحة أن يؤكد ذلك باتباعه الأصول العلمية المرعية والمستقرة في إجرائها وقد أقر ذلك قضاء النقض صراحة سواء المصري[٣] أو الفرنسي[٤].

(١) حكم محكمة السين ٣/١٠/١٩٣٩ داللوز الأسبوعي ١٩٣٩ Somm ٢٤-٢٥ حيث جاء فيه:
"La fair pour un médecin d'avoir soigne un enfant avec des pilules de judlart, au bien d'insuline, ne saurait constituet une faute à la charge de ce practicie, alors, d'une part, qu'aucun élément n'est pruduit pour demontrer que l'emploi de ce mode de traitement constitue une faute".
وقد أشار إلى الحكم أيضاً د/ السيد محمد عمران، مرجع سابق ص٤٢.

(٢) نقض مصري في ٨/١/١٩٦٨م مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٤١ ص٢١ سبق الإشارة إليه.

(٣) أنظر نقض مصري في ٢١/١٢/١٩٧١، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٢ رقم ٧٩ ص١٠٦٢، وانظر حكم محكمة مصر الابتدائية في ٣/١٠/١٩٤٢ - المحاماة س٢٦ رقم ٥٥ ص١٣١.

(٤) انظر نقض فرنسي ٢٠/٥/١٩٣٦ - داللوز ٩٣٦-١-٨٨.

المطلب الثالث

ضوابط الجراحة المشروعة المتعلقة بالمريض

رضاء المريض وأحكامه :

٨٨- إن أهم الضوابط المتعلقة بالمريض تتعلق بضرورة الحصول على رضائه بإجراء الجراحة المشروعة، فرضاء المريض: يقصد به تعبيره عن إرادته تعبيراً صحيحاً بما يفيد موافقته على تدخل الجراح لإجراء الجراحة اللازمة له، وقد يتم هذا التعبير شخصياً إذا كان رشيداً بالغاً، أو بواسطة من ينوب عنه قانوناً، ولايقصد بهذا الرضا مجرد قبول العرض الذي قدمه له الجراح لإجراء الجراحة، بل المقصود برضاء المريض هنا هو الرضا من نوع خاص يتطلبه الفقه والقضاء والذي سنوضحه فيما بعد.

٨٩- وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بعدم ضرورة موافقة المريض على قيام الجراح لإجراء الجرحة على اعتبار أن الجراح أقدر منه على تقدير الحالة فنياً، فالجراح له الحق بصفة دائمة في أن يرفض الاستماع إلى رغبة المريض، وأن يقوم بإجراء العملية الجراحية ضد إرادته إذ أن إرادة الجراح تجب إرادة المريض لأن الأخير لايقدر مدى خطورة حالته، ولاالمخاطر المترتبة على رفض إجراء الجراحة[1]، كما أن إلزام الجراح بأخذ رضاء المريض ما هو إلا تحكم من القضاء لاسند له من القانون.

(١) **Fraon (Hicham)** : La responsabilité civile du médein en droit Français "Theses lausunne 1961, p.3.
- **Garroud laborde lacoste** : "le role du la volonté de médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale. Rerue générale du droit". 1962 p.129-153, 193-252.

وأنظر جان لويس فور في نيجر ص١٠٣ وفي تعليق جان لو في داللوز ١٩٣١-٢-١٤١ ومشار إليه في رسالة د/ حسن زكي الإبراشي، مرجع سابق، ص٣٠٦.

٩٠- ولكن غالبية الفقه[1] والقضاء[2] المصري والفرنسي انتقدوا الرأي السابق، وذهبوا إلى أن رضاء المريض على إجراء العمل الجراحي شرط ضروري لإباحة العمل الجراحي، وبالتالي لايحق للجراح إجراء الجراحة دون موافقة المريض، وإلا كانت الجراحة غير مشروعة، **وعلة ذلك:** أن المريض له حق مطلق يتعلق بحماية كيانه الجسدي، ولايمكن المساس به من غير موافقته ورضاه، وكل اعتداء على حرية المريض أو حقوقه على جسمه -حتى مع وجود العناية الكاملة والهدف المشروع إلى استعادة المريض لصحته - يرتب مسئولية على من ارتكبه متى كان في استطاعته أن يحصل على ذلك الرضا[3] لأن عدم رضاء المريض بالجراحة مقدماً

---

(١) **Mazeaud** : leçon de droit civile, T.1.1955 - 1956. p.631.
- **Mainguet** (G) : le consentement du patient à l'acet médical, Thèse **paris 1957.**
- **Dactylographiée, pommerola (A)** : la résponsabilité médical, davant les tribumaux thése lillte 1931. p.14 et s.
- **Panneua (J)** : Faute et erreur en maliere de résponsabilité médical thése paris 1973. p.13.
- **Crepeau (P)** : La résponsabilité civile du médecin et l'etablissment hospitalier". Thèse paris 1955 p. 32.

أنظر د/ حسن ذكي الإبراشي، مرجع سابق، ص٣٠٤ ومابعدها- د/عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق ص١٥ ومابعدها طبعة ١٩٨٦ - د/محمود مصطفى، مسئولية الأطباء والجراحين، مجلة القانون والاقتصاد س١٨- القسم الثاني ص٢٨٦- د/ محسن البيه - نظرة مدنية إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية طبعة ١٩٩٠ ص١٨٢ ومابعدها بند ١٠٩ ومابعده الناشر مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة.

(٢) Douai, 10 Juil, 1946. Dalloz, 1946 p.301 - civ 8-11-1955 J.C.P. 1955. 9014 obs R.Savatier - civ 9-1-1966 Dalloz 1966, 266.
Civ 17-11-1969 D 1970-85- Aix 16-4-1981 D. 1982 information 274-275 - Civ 22-9-1981 Bull. Civ. No. 268 p. 233, Lyon 18-1-1981 D. 1982 inf. 274.

(٣) **V.Abel** (B) : La résponsabilité civile des médecines Thése Mancy 1936. p.111.
M. Puis Muller : Les droits personnels du malade boses et limites de la pratque médical (Actes le cengrés - int. morale méd 1955. p.177).

يؤدي إلى أن يتحمل الجراح كل الأضرار الناشئة عن الجراحة سواء كانت تلك الأضرار ناشئة عن خطأ الجراح أو كانت غير ناشئة عن أي خطأ ارتكبه الجراح، فعدم رضاء المريض بالجراحة يحمل الجراح تبعة كل الأخطار التي لايسأل عنها الجراح قانوناً في العلاج(١)، لأن الجراح يكون في هذه الحالة قد أخطأ حتما في عدم حصوله على رضاء المريض بالجراحة مقدماً ولذا يصبح عمله غير مشروع، فيسأل عن جميع الأضرار التي تنشأ عنه، حتى وإن لم يخطئ في العلاج ذاته(٢).

هذا وتضيف في معرض الرد على الرأي المعارض أن اضطراد قضاء المحاكم في ضرورة أخذ الجراح لرضا المريض قبل الجراحة يعتبر بمثابة قاعدة قانونية يتحتم احترامها، لأن اضطراد قضاء المحاكم في معنى معين ينشئ بذاته القاعدة القانونية التي يجب احترامها.

٩١- هذا وقد أيد المشرع الفرنسي أيضاً موقف الفقه حيث نص في المادة ٧ من قانون أخلاقيات مهنة الطب على ضرورة احترام الجراح أو الطبيب لإرادة المريض، كما نص في المادة ٤٣ من القانون ذاته على ضرورة قيام الجراح بأخذ رأي ولي أمر المريض القاصر أو ممن ينوب عنه قانوناً وشرعاً، كما أنه يجب على الجراح أو الطبيب أن يحترم رأي القاصر إذا كان يمكنه التعبير عن رأيه، وذلك في الحدود الممكنة(٣).

---

(١) أنظر د/ محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية، في ظل القواعد القانونية التقليدية، ص١٩٠/١٩١ -مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة طبعة ١٩٩٠.

(٢) Savatier : Traite de la responsabilité civil 20 éd. T.2 1951. No. 785. p.390.

(٣) Art 7 "La volonté du malade droit toujours être respectée dans toute la mesure du possible.
Lorsque le malade est hors d'état d'exprimer. Volonté ses proches doivent sauf urgence ou impossibilite être prévenue et informe".
Art 43 "un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un =

وفوق ذلك يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه توجد بعض النصوص الخاصة الأخرى التي تنشئ هذا الالتزام على الجراح - أي الحصول على رضاء المريض بالجراحة - ومنها المادة ٣٤ من قانون الواجبات الطبية رقم ٥٥-١٥٩١ الصادر في ١٩٥٥/١١/٢٨[١]، والتي يستفاد منها بمفهوم المخالفة، قيام هذا الالتزام في غير حالات المخاطر الجسيمة.

- أما المشرع المصري فقد اكتفى بالاعتماد على ماجاء من القواعد العامة في القانون التي تحمى الكيان الجسدي للإنسان، وتجعل منه حقاً من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان ولذا كان المساس به من قبل الجراح دون رضاه يشكل جريمة توجب المساءلة المدنية والجنائية، حيث يتحمل الجراح تبعة المخاطر الناشئة عن ذلك العلاج حتى إذا كان سلوكه لم تشبه من الخطأ شائبه[٢]، ولذا نجد المشرع المصري لم يرى حاجة إلى التدخل بنصوص خاصة تلزم الجراح أو الطبيب بضرورة الحصول مسبقاً على رضاء المريض أو من ينوب عنه : حتى تصبح الجراحة مشروعة ويعفى من طائلة المسئولية المدنية والجنائية.

= incapable majeur doit s'efforcer de prevenir les parents au le representant légal et d'obtenir leur consentement. En Cas d'urgence, ou si ceux - ci ne peuvent être joints, le medecin doit donner les soins nécessaire si l'incapable peut emettre un avis, le médecin doit en tenir compt dans toute de possible".

(١) Art 34 "Un pronostic grave peut légitimenent être dissimulé au malade, un pronostic fatal ne peut lui être revélé qu' avec la plus extrême circonspection, mais il doit l'être générale ment à safamille à moins que le malade ait preablement interdit cette révélation ou désignée les tiers auxguels elle doit être faite".

مشار إليه في بحث د/ محسن البيه، مرجع سابق، ص١٧٢ هامش (٣).

(٢) جوسوان - داللوز الأسبوعي ١٩٣٢ ص١ - أندريه جاك، الاتفاقات الخاصة بجسم الإنسان، المجلة الانتقادية ١٩٣٣ ص٣٦٢.

٩٢- وبعد أن استعرضنا موقف الفقه والقضاء بشأن ضرورة حصول الجراح على رضاء المريض قبل إجراء الجراحة، **فهل هذا الرضا واجب في جميع الحالات ؟**

إن الإجابة على هذا التساؤل تستلزم التفرقة بين حالتين: الأولى: وهي التي يكون فيها المريض بحالة تسمح له بالتعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً، **والثانية:** وهي التي لايكون فيها المريض بحالة تسمح له بالتعبير عن إرادته "حالة الضرورة" وسوف نوضح الأحكام المتعلقة بتلك الحالتين بالتفصيل فى فرعين على الوجه الآتي :

الفرع الأول

كون المريض بحالة تسمح له بالتعبير عن إرادته (رضاه) تعبيراً صحيحاً

٩٣- يجب على الجراح الحصول على رضاء المريض إذا كان في حالة تسمح له بالتعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً حيث استقر الفقه والقضاء المصري والفرنسي كما ذكرنا سابقاً على ضرورة قيام الجراح بالحصول على رضائه بالجراحة حتى يكون عمله الجراحي مشروعاً، وإذا لم يلتزم بذلك تحققت في جانبه المسئولية المدنية، وبالتالي يتحمل الجراح كل الأضرار الناشئة عن تلك الجراحة سواء أكانت تلك الأضرار ناشئة عن خطأ الجراح في الجراحة - وهي حالة المسئولية الطبية التي يتحملها الجراح المخطئ في كل الأحوال - أو كانت غير ناشئة عن أي خطأ ارتكبه الجراح، فعدم رضاء المريض بالجراحة يحمل الجراح تبعة كل الأخطار التي لايسأل عنها الجراح قانوناً في العلاج[1]، لأن الجراح لايستطيع أن يفرض إرادته على المريض إذا هو

---

(١) أنظر محسن البيه، مرجع سابق، ص١٩٠/١٩١.

رفض الجراحة، لأن الجراح الذي لايحترم رغبة مريضه القادر على تقدير ظروفه، ويجري له الجراحة رغم إرادته يعتبر مخطئاً(١) وبالتالي يصبح عمله غير مشرع، فيسأل عن جميع الأضرار التي تنشأ عنه، حتى إذا لم يخطئ في العلاج ذاته(٢). حيث تقوم قرينه على أن هذه الأضرار التي أصابت المريض، إنما ترجع إلى المبادرة التي اتخذها الجراح من تلقاء نفسه بعلاج المريض دون موافقته أو موافقة من بمثله(٣).

الشروط الواجب توافرها في رضاء المريض :

٩٤- يتطلب الفقه والقضاء أن يكون رضاء المريض رضاءاً خاصاً، أي يلزم أن تتوافر فيه شروط معينة نتناولها بالشرح التفصيلي على الوجه الآتي:

الشرط الأول : صدور رضاء المريض عن بينة تامة واختيار مطلق:

٩٥- يقصد بأن يكون رضاء المريض بالجراحة عن بينة تامة أن يكون قد صدر بعد إعلامه بحقيقة مرضه وطبيعة الجراحة الطبية التي ينصرف إليه رضاؤه والمخاطر المترتبة على الجراحة والآثار التي قد تنتج من عدم إجرائها، وهو مايطلق عليه التزام الجراح بإعلام المريض وهو ماسنوضحه على الوجه الآتي :

التزام الجراح بإعلام المريض :

٩٦- يلتزم الجراح قبل قيامه بالحصول على رضاء المريض بالتدخل الجراحي أن يبين للمريض طبيعة مرضه وطبيعة الجراحة التي يقترح إجراؤها،

---

(١) أنظر د/ حسن زكي الإبراشي، مرجع سابق، ص٣٠٧.

(٢) Savatier : le résponsabilité civil N: 785 P.790.

(٣) Civ. 27 Oct. 1953 Dalloz 1953. 685 - civ 8 Nov 1955 J.C.P. 1955-9014 note savatier.

- Montpellier 5 Juill 1949 Dalloz 1950-11- Bordeaux 8 mars 1963.

للمـريض، والمخـاطر التي يمكن أن تحـدث عـادة في مـثل هذه الأمـور، ومخاطر عدم القيام بالعملية الجراحية(١).

٩٧- أما مصـدر التزام الجراح بإعلام المريض فـقد يكون مرجعه القانون أو العقد المبرم بينه وبين المريض حيث نجد أن المبدأ العام يقتضي دائماً مـبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامـات، ومن منطلق هذا المبدأ - الذي يرتكز على مبدأ أخلاقي لايعفي منه الجراح- نجد أن الجراح يقع عليه التزام بضرورة إعلام المريض قبل الحصول على موافقته بإجراء الجراحة.

- هذا ويقرر الفقه الفرنسي أن مصدر التزام الجراح بإعلام المريض بطبيعة مرضـه والعلاج المقترح والآثار المتوقـعة من الجـراحة، وكذا الآثار التي يمكن أن تحـدث من عـدم التدخل الجـراحي مـصـدره نصـوص قـانونيـة ولائحـية، حيث يرى أنه توجد بعض النصـوص القـانونية نصت على هذا الالتـزام، فـالمادة ٤١ من المرسوم الصـادر في ١٩٧٤/١/١٤م، والمتـعلقـة بتحديد القواعد المهنية للمستشفى العام في فرنسا حيث نصت على أن "الطبـيب رئيس قـسم الخـدمـة يجب عليـه أن يعلم المريض في الحـالات المحددة في قانون المهن الطبية بحالته، وبكل إجراء ممكن للعلاج أو العناية بطريقـة سـهلة، ومـفـهـومـة، كمـا يجب أن يتم ذلك من جانب الطبـيب الذي يقوم بالعلاج"(٢).

---

(١) أنظر د/ حسن زكي الإبراشي، مرجع سابق، ص٣٠٤ ومابعدها- د/ حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد ١٩٧٩ ص٤١ ومابعدها- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٢٩ ومابعدها - د/ وديع فرج، مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصادي السنة ١٢ ص٣٨١ ومابعدها.

Savatier (R) : La résponsabilité médicale p.113.

(٢) **Gombaut (A)** : "Consentement écloire et résponsabilité professionelle" Rev concours médical 4-3-1972 p. 177-178.

كما يرى الفقه الفرنسي أن المادة ٣٤ من قانون الواجبات الطبية يستفاد منها بمفهوم المخالفة قيام هذا الالتزام في غير الحالات الخطرة والجسيمة.

- وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه، واستقر في أحكامه منذ حكم النقض الفرنسي الصادر في ١٩٤٦/٥/٢٠ والذي أقر بمقتضاه وجود عقد العلاج بين الطبيب الخاص أو الجراح والمريض، وبمقتضاه يلتزم الطبيب أو الجراح بإعلام المريض بطبيعة مرضه، والعلاج وآثاره المتوقعة حتى يكون رضاء المريض حراً ومستنيراً، فيقبل أو يرفض عن بينة من أمره وقد قضت محكمة Roan في حكمها الصادر في ١٩٦٦/٢/٢٦م "بالتزام الجراحين بالحصول على رضاء صريح وحر من المريض أو أسرته قبل إجراء العملية، وإلا كانوا مرتكبين لجريمة الجرح غير العمد المنصوص عليها في المادة ٣١٩، ٣٢٠ من قانون العقوبات"(١).

- **أما فيما يتعلق بموقف القانون المصري** من التزام الجراحين بإعلام المريض حتى يكون رضاؤه عن بينة، لم نجد أن المشرع المصري نص على ذلك صراحة، ولكنه رد هذا الالتزام إلى القواعد العامة في القانون، والتي تقتضي أن يكون أساس تنفيذ الالتزام هو حسن النية في المعاملات الأمر الذي يفرض على الجراح أن ينفذ التزامه بحسن نية الأمر الذي يلزمه بضرورة إعلام المريض بحالته ووسيلة العلاج المقترحة، والآثار المترتبة عليها، وكذا الآثار التي قد تنتج عن تخلف التدخل الجراحي، وذلك حتى يكون رضاء المريض عن بينة واختيار حر فله أن يقبل أو يرفض- وأيضاً ماستقر عليه الفقه والقضاء من مبادئ تقرر حرية الإنسان في التعبير عن إرادته(٢).

---

(١) الأسبوع القانوني ١٩٧١-١٦٨٤٩. مشار إليه في بحث د/ أسامة فايد، مرجع سابق، ص١٧١.

(٢) د/ أسامة فايد، مرجع سابق، ص١٧١.

٩٨- ولكن لنا أن نتساءل عن مضمون التزام الجراح بإعلام المريض ؟

أي ماهي المخاطر التي يلتزم الجراح بإظهارها للمريض؟ هل يخبره بالنتائج التي تحدث عادة في مثل حالته؟ أم أنه يلتزم أيضاً بأن يظهر له النتائج غير المتوقعة والتي تحدث في أحوال نادرة؟ إن الإجابة عن تلك التساؤلات تستلزم أن نوضح موقف الفقه والقضاء منها حيث نجد أن الفقه والقضاء قد اتجه في الإجابة عنها إلى اتجاهين:

٩٩- الاتجاه الأول : ذهب إلى القول بأن الجراح عليه الالتزام بإعلام المريض بالمخاطر العادية والمخاطر الاستثنائية(١).

وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى بعض أحكام القضاء الفرنسي ومنها حكم محكمة ليون الصادر في ١٩٥٢/١١/١٧م والتي نصت فيه بأنه "يجب على الطبيب أو الجراح أن يظهر للمريض احتمالية الحوادث غير المنتظمة، قبل بدء العلاج بالأشعة الكهربائية إذ أنها ليست من قبل الحوادث غير المتوقعة"(٢).

وقد استخلص أصحاب هذا الرأي أنه بموجب هذا الحكم يلتزم الجراح بأن يعلم المريض بالمخاطر العادية المتوقع حدوثها، وكذلك إعلامه بالمخاطر الاستثنائية قبل هذه الجراحة.

---

(١) **Savaiter** : La résponsabilité civile No. 782 p.384.

حيث يرى أن هذا الالتزام يصبح أكثر شدة كلما كانت مخاطر العلاج أو الجراحة جسيمة في الوقت الذي لايكون فيه هذا العلاج أو تلك الجراحة أموراً ملحة.

Gombaut (A) : "Consentement éclaire et résponsabilité professionnelle" Rev. Concours médical. 4-3-1972. p.1894 et s.

(٢) Lyon 17- Nov. 1452- Dalloz. 1953, 253, note GARVESIE.

حيث جاء في الحكم :

"La ratreté relative des fractures ne le rend pas imprévisibles et n'aulorise pas le médecin à dissumuler au malade leur évenlualité".

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر بتاريخ ١٩٧٠/٥/٤ يفهم منه تأييدها لهذا الاتجاه حيث قام أحد أطباء الأشعة، بفحص مريض بالأشعة بغرض العلاج، وقد نشأ عن هذا العمل عجز جزئي دائم للمريض، ادعى هذا الأخير أمام محكمة الموضوع بأن الطبيب لم يخبره بالمخاطر الجسيمة التي تترتب على هذا العلاج" وقد رفضت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف لأنه لم يرد على هذا الادعاء وبالتالي فيستفاد من حكم محكمة النقض أن الطبيب أو الجراح يقع عليه التزام بإعلام المريض ليس فقط بالمخاطر العادية المتوقعة، ولكن أيضاً بكافة المخاطر الاستثنائية حتى ولو كانت نادرة الحدوث.

ولكننا نرى أن الأخذ بهذا الاتجاه سيترتب عليه تجريد الجراح من عنصر جوهري ومؤثر في نجاح العمليات الجراحية، وهي الحالة النفسية للمريض ومعنوياته، فإذا الزمنا الجراح بإعلام المريض بالمخاطر الاستثنائية بالإضافة إلى المخاطر العادية سيترتب على ذلك ضعف الروح المعنوية لدى المريض نظراً لتجسيم مخاطر الجراحة أمامه، وبالتالي سيضعف أيضاً لدى المريض الثقة في الجراحة وفي جدواها. ولذا يجب أن نفرق في إعلام المريض بين معنى المخاطر المتوقعة، ومعنى المخاطر الاستثنائية فالأولى : قد تكون بسيطة أي عادية وقد تكون جسيمة ويلتزم فيها الجراح بإعلام المريض بها، أي أنه يلتزم بإعلام المريض بالمخاطر المتوقعة سواء كانت جسيمة أوعادية بسيطة، أما بالنسبة للثانية: أي المخاطر الاستثنائية غير المتوقعة أي النادرة الحدوث فأرى أن الجراح لايلتزم بإعلام المريض بها حفاظاً على روحه المعنوية التي تعتبر عنصراً هاماً بالنسبة لنجاح العملية الجراحية وبالتالي العلاج.

١٠٠- أما الاتجاه الثاني :

فذهب إلى التأكيد على ضرورة قيام الجراح بإعلام المريض قبل الجراحة بالمعلومات الضرورية التي تسمح له بفهم طبيعة مرضه، وكذلك وسيلة الجراحة اللازمة والمخاطر المتوقعة بمقارنتها بالآثار التي قد تترتب نتيجة عدم التدخل الجراحي حتى يكون المريض على بينة من حالته ويقرر بإرادته الحرة الموافقة على التدخل الجراحي أو رفضه[١] .

والأخذ بهذا الاتجاه يساعد الجراح على أن يؤدي عمله بنجاح، لأن المبالغة في الزام الجراح بإعلام المريض بالتفاصيل الكاملة والدقيقة لما قد يقع من المخاطر وفقاً للاتجاه الأول قد يؤدي إلى إعاقته عن عمله وخاصة إذا كان مقدماً على عملية جراحية أو علاج خطير على درجة كبيرة من الأهمية، فقد يؤدي ذلك إلى قيام بعض العقبات المعنوية والمادية[٢].

وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى ضرورة التفرقة بين المخاطر المتوقعة (سواء كانت جسيمة أو عادية) وهي التي يلتزم فيها الجراح بإعلام المريض، وبين المخاطر غير المتوقعة أو الاستثنائية وهي التي لايلتزم فيها الجراح بالإعلام عنها للمريض إلا أن القضاء الفرنسي[٣] أورد حالات ا ستثنائية يلتزم فها الجراح بضرورة إعلام المريض بالمخاطر غير المتوقعة

---

(١) أنظر د/ محسن البيه، مرجع سابق، ص١٧٤ بند ١٠٤.

(٢) **Anne Dorsner et Annie Scemama** : Médecine et information du malade G.P. 1977, 2, Doct. 433.
- PENNEAU (J) : La responsabilité médicial, ed sirg., 1977, N. 52. P.65.
"La régle est donc la suivante : le médecin doit fournir une information chaire, exactemais limitée à l'evolution ou aux resques normalement pevisibles en fonction de l'experience hbituelle et des donnés statiatique".

(٣) Lyon 8 Janv 1981 J.C.P. 1981, 11, 1966 obs F. Chabas.

أي الاستثنائية بالإضافة إلى إعلامه بالمخاطر المتوقعة سواء كانت جسيمة أم عادية، أي يلتزم فيها الجراح بإعلام المريض إعلاماً كاملاً، بكل المخاطر حتي ولو كانت استثنائية وهي:

(أ) **عمليات استئصال الأعضاء** : حيث يلتزم الجراح بأن يحيط المتبرع بكل التفصيلات الدقيقة، والمخاطر المتوقعة وغير المتوقعة، وقد نص على ذلك المشرع الفرنسي في القانون رقم ٧٨-٥٠١ الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٣/٣١م[١].

(ب) **جراحة التجميل التحسينية**[٢] : حيث قضت محكمة ليون في حكم لها بأن الجراح يلتزم بإعلام المريض الراغب في الجراحة بكافة المخاطر المتوقعة وغير المتوقعة التي قد تنتج عن التدخل الجراحي، وإلا كان الجراح مخطئاً لأنه لم يقم بتنفيذ التزامه بإعلام المريض بالمخاطر الاستثنائية تماماً والتي يمكن أن تحدث من جراحة التجميل[٣].

(جـ) **عمليات الإجهاض الإرادي**[٤] : ينص القانون الفرنسي على التزام الجراح

---

(١) Loin. 78-501 du 31 mars 1978, Dalloz, 1973, 245.

(٢) سنتناول في هذا البحث بيان حكم جراحات التجميل التحسينية فيما بعد أنظر ص١٦٥ ومابعدها بند ١٤٤ ومابعده.

(٣) Civ. 17 Nov. 1969 Dalloz 1970, 85, G.P. 1970, 1, 49.
Paris 13 janv 1959 J.C.P. 1959, 11,11142 note R. Savatier.

وأنظر في هذا البحث ص١٦٧ ومابعدها بند ١٤٨).

(٤) أصدر المشرع الفرنسي في عام ١٩٧٥ قانونا لتنظيم ووضع قواعد للإجهاض.
Lai No. 75-17 Du 17 Janvier 1975. J.O. 18 Janv. 1975- Lai No. 79-1204 du 31 déc 1979- jo le janv 1980. p.3.

أما المشرع المصري: فقد جرّم الإسقاط الإرادي للحوامل بالنسبة للطبيب والجراح فنص في المادة ٢٦٣ عقوبات على أنه "إذا كان المسقط طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابله يحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة". ولايعتبر رضا المرأة بالإسقاط من أسباب تدخل الجراح بالإسقاط في التشريع المصري حيث نص المشرع في المادة ٢٦١ عقوبات على عقاب من يسقط إمرأة حامل حتى ولو كان=

بضرورة الإعلام التام والكامل بالمخاطر المتوقعة وغير المتوقعة للمريضة في مجال عمليات الإجهاض، فعلى الجراح الالتزام بإخطار المريضة بكل الأخطار الطبية التي تحيط بالعملية، وبجسامة النتائج الحيوية للتدخل الجراحي، كل هذا إذا كان الإجهاض لأسباب إرادية أي بمحض إرادة المريضة التي ترغب في إجهاض نفسها، أما إذا كان الإجهاض لأسباب طبية فلايطبق هذا الاستثناء عليها، حيث يلتزم فيها الجراح فقط بإعلام مريضته بالمخاطر المتوقعة (سواء كانت جسيمة أم بسيطة أي عادية) فقط[١].

هذا وقد أيدت معظم التطبيقات القضائية هذا الاتجاه الأخير ومنها ماقررته محكمة النقض الفرنسي في حكمها الصادر في ١٣/٥/١٩٥٩ بقولها "إن الجراح لايلتزم بإعلام المريض مسبقاً بمخاطر الشلل النهائي للعصب، التي قد تنشأ عن التخدير بالطريق المحجري للعصب الفكي الأعلى، خلال عملية علاج التهاب الجيب بالفم حيث أن هذه المخاطر لم تكن متوقعة"[٢].

١٠١- ونرى أن الاتجاه الثاني لهو الراجح من وجهة نظرنا لأن التزام الجراح

= ذلك برضاها – كما عاقب المرأة الحامل – مادة ٢٦٢ عقوبات- إذا أسقطت نفسها باستعمال أدوية أووسائل أخرى من شأنها تحقيق ذلك.

(١) PENNEAU : note sous : civ. 25 Mai, 1971, Dalloz, 1971 No 660 p.43.

(٢) Civ 13 mai 1959, G.P.T Q 1960 v° médecine.
Civ 6 mars 1979 Dalloz 1980 inf rap 170, obs PENNEAU

حيث قضت فيه "بأن الطبيب لايكون مخطئاً إذا لم يخطر المريض باحتمال إصابته بشلل الوجه، وعقد العلاج من الصمم لأن هذا الاحتمال كان ضعيفاً، والعملية كانت ضرورية"

Civ 23 mai 1973 (2 arrêts) J.C.P. 1975,11.17955, note savatier.
Civ G.P. 1973, 2, 885, note Doll.
Civ R.T., 1974, 618 abs Durry Comp.
Civ 8 Oct 1974 J.C.P. 1975, 11, 17955.

بإعلام المريض يجب أن يكون مقيداً بقيدين:

الأول: جـــهل المريض بأصــــول الفن الطبي: الأمــر الذي لايمكنه من فــهم التفصيلات الفنية للجراحة، وبالتالي يكفي أن يوضح الجراح له الغرض من الجراحة والنتائج المتوقعة سواء كانت عادية أو جسيمة، أما النتائج الاستثنائية غير المتوقعة فلايلتزم الجراح بإعلام المريض بها.

والثاني : مراعاة حالة المريض النفسية وعلى الجراح واجب إنساني يفرض عليه أن يدخل الثقة في نفس المريض وعدم إحاطته بما قد يهبط بروحه المعنوية بل يجب عليه أن يرفع من روحه المعنوية لزيادة فرص الشفاء بعد إجراء الجراحة.

١٠٢- إن مخالفة الجراح للالتزام الواقع عليه بإعلام المريض وفقاً للضوابط السابقة والتي تناولها أصحاب الاتجاه الثاني، يحقق في جانبه المسئولية المدنية، أما فيما يتعلق بمسئوليته الجنائية فنجد أن المحاكم الفرنسية قد انقسمت حول اعتبار مخالفة هذا الالتزام خطأ جنائياً أم لا، فبينما رأته بعض المحاكم أنه جنائياً[١]، نجد أن محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية[٢] قد اعتبرته مدنياً ورفضت اعتباره جنائياً.

١٠٣- هذا وبعد أن استعرضنا مضمون التزام الجراح بإعلام المريض حتى يكون رضاؤه عن بينة تامة ويكون المريض مطلق الحرية في اختيار التداخل الجراحي أو رفضه، وذلك بعد إعلامه بحقيقة مرضه، وحقيقة التدخل الجراحي المقترح والمخاطر المتوقعة منه، والأثر المترتب على عدم التدخل الجراحي، فهنا يكون للمريض مطلق الحرية في أن يقبل التدخل

---

(1)Rouen 26 fevr 1969 J.C.P. 1970 somm. p.75.
(2)Crim : 17 nov, 1969 G.P. 1970,1,49.

الجراحي أو يرفضه، لأن المريض له حق على جسده وصحته فالمساس بهما من غير رضائه يُكوّن المسئولية المدنية والجنائية، **ولكن هل يمكن التدخل الجراحي دون إرادة المريض وموافقته إذا تعلق الأمر بالمصلحة العامة ؟**

يرى البعض أن القانون يستثنى من شرط الرضا الحر للمريض حالات التطعيم الإجباري ومقاومة الأوبئة والأمراض المعدية(١).

ولكننا لانوافق أصحاب هذا الرأي على ماذهبوا إليه، لأن المشرع لايلغي إرادة المريض الحرة في الموافقة على العلاج في حالت التطعيم الإجباري، وإنما كل ما في الأمر أن المريض إذا رفض العلاج توقع عليه غرامة فقط وهو الجزاء الذي رتبه القانون إن هو خالفه، وبالتالي لايحق للطبيب أو الجراح أن يتدخل دون موافقته لإجراء التطعيم، وإلا تحققت في جانبه المسئولية المدنية والجنائية(٢).

١٠٤- وخلاصة القول :

أن الجراح يقع عليه التزام بإعلام المريض قب حصوله على موافقته بإجراء الجراحة حتى يكون رضاؤه بناء على بينة واختيار مطلق، إلا أن مضمون هذا الالتزام يقتصر على بيان الأخطار المتوقعة من التدخل الجراحي سواء كانت هذه الأخطار جسيمة أو عادية، أما الأخطار غير

(١) أنظر في هذا الرأي د/ أسامة فايد، مرجع سابق، ص١٧٠.

(٢) Savatier : le responsabilité civile No 785. p.402.

وأنظر عكس ذلك :

Delbet, Revue de paris ler mars, 1917. p.40 et suivantes.

حيث يرى ديلبت : أن الجراح له أحياناً أن يجري عملية – رغم إرادة المريض إذا رأى أن فيها إنقاذاً لحياته بشرط ألا تتضمن العملية بتر عضو من أعضائه إذ من حق كل فرد أن يفضل الموت على أن يعيش بعاهة مستديمة.

المتوقعة والتي تكون نتائجها قليلة الاحتمال والتي يندر وقوعها في العمل والتي قد تنشأ عن خلقية خاصة بالمريض ويندر وجودها عند عامة الناس، ويصعب توقعها طبقاً للمعطيات العلمية القائمة[١]. فلايلزم الجراح بإيضاحها للمريض إلا في الحالات الاستثنائية التي نص عليها المشرع أو أقرتها المحاكم مثل جراحة التجميل أو قطع أو نقل الأعضاء البشرية، والإجهاض الإرادي، لأننا يجب أن نقدر التزام الجراح بإعلام المريض في ضوء الحالة النفسية للمريض، لأن إحاطته بكافة النتائج غير المحتملة قد يؤثر على معنوياته، ولذا نجد أن المحاكم الفرنسية أعفت الجراح الذي يهون عن المريض النتائج الضارة والمحتملة لتدخله الجراحي، وخاصة عندما يعرضها بطريقة عامة، ودون الدخول في التفصيلات الدقيقة والفنية التي لايستطيع استيعابها علمياً سواء فيما يتعلق بنوع المرض أو طرق الجراحة المستخدمة، وذلك مراعاة لحالة المريض النفسية[٢]، لأن التزام الجراح بإعلام المريض مقيد بقيدين - كما سبق الذكر- وهما جهل المريض بأصول الفن الطبي، ومراعاة حالته النفسية.

عبء الإثبات بإعلام المريض :

١٠٥- يجب أن نوضح أولاً أنه فيما يتعلق بعبء إثبات رضاء المريض وموافقته على إجراء الجراحة، إنما يقع على الجراح ولاخلاف في ذلك حيث يلتزم

---

(١) Lyon 6 nov 1961 Dalloz 1962-55.

(٢) Grénoble 5 jan. 1949 G.P. 1949.1.216.C.
Civ 21 fev 1961 Dalloz 1961-531-1, Civ 14 avr 1961 Dalloz 1961-108.
Civ 7 juill 1964 B.C. 1n. 373. civ 8 nov 1956 Dalloz 1956-3, Bourdeau 26 fev 1964 G.P. 1964-204, Nimes 19 Oct 1964 Dalloz 1956-31.

الجراح بإثبات رضاء المريض وموافقته على إجراء الجراحة[1] وإنما الخلاف قد حدث عندما يتعلق الأمر بإثبات أن الرضا الصادر من المريض عن بينة واختيار مطلق حيث تثور هذه المسألة عندما يدعي المريض أن رضاءه بإجراء العملية الجراحية لم يكن عن بينة واختيار حيث لم يقم الجراح بتنفيذ التزامه بإعلام المريض بالأخطار المتوقعة سواء كانت جسيمة أم عادية، فهنا **نتساءل هل يقع عبء الإثبات بإعلام المريض على المريض نفسه أم على الجراح؟** بمعنى آخر هل يقع على الجراح عبء إثبات أن الرضا الصادر من المريض إنما تم بعد قيامه بتنفيذ التزامه بإعلامه بحقيقة مرضه والنتائج المترتبة على الجراحة والآثار التي قد تحدث لعدم التدخل الجراحي؟ أم على المريض إذ عليه في هذه الحالة أن يثبت أن الجراح لم يقم بتنفيذ التزامه بإعلامه بالأخطار المتوقعة من الجراحة أي أنه قصر في التزامه العقدي.

---

(١) أنظر د/ محسن البيه ص١٣١ بند ١١٠ حيث يرى "أن التزام الطبيب والجراح بالحصول على رضاء المريض يتنوع بين ثلاث درجات:

في الأولى : يتحتم على الجراح والطبيب المعالج تقديم دليل كتابي على رضاء المريض سواء من المريض نفسه أو من يمثله قانوناً ومن أمثلة هذه الحالات حالة نزع وزراعة الأعضاء (القانون الفرنسي المادة ١/٢ من القانون رقم ٧٨-٥٠١ الصادر في ١٩٧٨/٣/٣١ وقد سبق الإشارة إليه) ماحالة الإجهاض الإرادي، جراحة التجميل (سبق الإشارة إلى الحالات الثلاثة في هذا البحث ص ١٢٠/١٢١ بند ١٠٠".

أما الثانية: فيلتزم فيها الجراح بالحصول على موافقة المريض على العمل الجراحي والاكتفاء في الغالب بالحصول على رضاء أو موافقة شفهية، وذلك بسبب مايجب أن يقوم بين الطرفين من ثقة وخاصة من جانب المريض في الطبيب (PENNEAU (J) : La résponsabilité médical éd siry 1977, p.43.) وفي هذه الحالة يمكن للجراح أن يثبت هذه الموافقة بكافة طرق الإثبات.

والحالة الثالثة : وهي التي يعفى فيها الجراح من التزامه بالحصول على موافقة المريض أو ممثله القانوني وهي مايطلق عليها حالة الضرورة وسنتناولها بالبحث التفصيلي فيما بعد ص ١٣٥ ومابعدها).

بداية يجب أن نوضح أن فكرة الرضاء الصادر عن بينة واختيار، إنما هي من ابتكار القضاء الذي شاء أن يدخل علاقة الجراح بالمريض ضمن نطاق عقد العلاج الطبي، ويخضعها لقواعده، ولكنه أغفل بذلك الطبيعة الخاصة للعقد الطبي، ولكن القضاء لمس أن التطبيق الجامد لقواعد القانون المدني تؤدي إلى وجود خطر على سير المهنة الطبية فحورها بما يتفق وضرورات المهنة، ثم عمد القضاء إلى تخفيف عبء الإثبات على الأطباء[١].

ولذا نجد أن محكمة النقض الفرنسية في سبيل هذا التخفيف قد اتجهت إلى القول بأن عبء إثبات الرضاء لم يكن عن بينة واختيار مطلق يقع على المريض، أي على المريض أن يثبت أن الجراح قد قصر في التزامه العقدي، ولم يخبره بمخاطر الجراحة[٢]، حيث اعتبرت أن عقد العلاج الطبي يعني وجود قرينة على الرضاء بالعلاج لصالح الجراح أو الطبيب، وأن المريض عليه أن يثبت عكس هذه القرينة[٣].

١٠٦- ولكننا نرى : أن اتجاه محكمة النقض السابق إلى تحميل المريض عبء الإثبات بعدم الإعلام من قبل الجراح إنما هو اتجاه منتقد للأسباب الآتية:

(أ) إن هذا الاتجاه يخالف القواعد العامة في الإثبات ومنها القاعدة التي تنص على "أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" فالالتزام بإعلام

---

(١) أنظر د/ حسن زكي الإبراشي، مرجع سابق، ص٣٢٥.

(٢) Civ 8 oct. 1974. Bulletin. Civl. no. 255. p.218 "la charge de la preuve de sa non information pése sur la malade".
Civ 1-6-1973 siey Recueil de jurispuden ce générale - 1937-1-270.
Lyon 16 avr 1956 Dalloz 1956-693.
Civ 7 juil 1964 Dalloz. 1964-625.
Civ 21 févr, 1961 J.C.P. (Juris classeur périodiques, semaine juridique) 1961, 11, 12129, note savatier- Dalloz-1961, 531.
Civ 11 janv 1966 Dalloz 1966, 266.

(٣) أنظر د/ عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص٤٨ بند ٤٥.

المريض إنما يقع على الجراح، وبالتالي إذا ادعى أنه قام بتنفيذه فعليه عبء إثبات ذلك وفقاً للقاعدة العامة.

(ب) إن التزام الجراح بإعلام المريض، إنما هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزام ببذل عناية.

وبالتالي فإن الجراح يقوم بإثبات واقعة إيجابية، وليست واقعة سلبية، وهذا أمر ميسور بالنسبة للجراح، بعكس المريض إذا ماوقع عليه عبء إثبات عدم قيام الجراح بالإعلام فعليه هنا أن يثبت وقعة سلبية وهذا أمر صعب بالنسبة للمريض، علاوة على أن الثقة التي يجب أن تسود بين المريض والجراح والتي كثيراً ماتمنعه من إعداد دليل كتابي أو شهود على محتوى علاقته بالجراح[١].

(جـ) على العكس من المريض الذي قد يمنعه طابع الثقة بينه وبين الجراح من إعداد الدليل الكتابي، نجد أن الجراح الذي يتمتع بمكانة عالية تجعله مايكون حريصاً عليها، وماليه من خبرة وحنكة الأمر الذي يدفعه دائماً إلى الاحتياط للمحافظة على تلك المكانة، وبالتالي إعداده الدليل الذي يثبت قيامه بتنفيذ التزامه بإعلام المريض وإخباره بطبيعة مرضه والأخطار المتوقعة من الجراحة وفقاً لمضمون الالتزام بالإعلام الذي سبق ذكره، وذلك حتى لاتهدده المسئولية المدنية في هذا الشأن.

١٠٧- وعلى ذلك نرى أن عبء إثبات إعلام المريض يقع على جانب الجراح وليس كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية، ولايعفى الجراح من المسئولية

---

(١) Savatier (R) Securité humaine et résponsabilité civil de médecine- Dalloz 1961 chro. p.37.
"Ce la tient d'abord à la nature confidentielle de ses rapports avec lex malades, en l'absence novmale de temoine, et d'ecrits".

بسبب إخلاله بالالتزام بإعلام المريض إلا إذا كان هذا الإخلال راجعاً إلى سـبب أجنبي لايدله فـيـه أدى عـدم تمكنه من إعـلام المريض بمخـاطر الجراحة ومن أمثلة ذلك حالة الاستعجال أو الضرورة المطلقة(١)، والحالة الصحية المتردية للمريض(٢)، حيث يجب أن يراعي الجراح حالة المريض الصحية وظروفه، فإذا كانت ظروف المريض الصحية تمنع من إعلامه بمخاطر الجراحة فإن الجراح عليه التزام بإعلام ممن له سلطة قانونية عليه كوالديه أو أبنائه أو أقاربه(٣)، وكذلك إذا ماقام المريض بالكذب على الجراح، ونتيجة لذلك لم يخبره الجراح بمخاطر العلاج، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية(٤) بحكم لها في ١٩٦٧/٢/٢١ أيدت فيه إعفاء الجراح

---

(١) Civ 30 juin 1958. Bulletin Civil, 1. No. 276.

حيث مثلت محكمة النقض الفرنسية حالة الاستعجال، كسبب لإعفاء الطبيب من الالتزام بتنوير المريض قبل إجراء الجراحة، حيث كان هذا الأخير مصاباً بثقبين في عظام الجمجمة، يوصلان إلى المخ، لدرجة كانت حياته معها مهددة مالم تتم الجراحة بأقصى سرعة ممكنة". بالعكس : عندما تكتشف تعقيدات خلال عملية جراحية، فإن المحاكم ترى وجوب أن يوقف الجراح التدخل الجراحي مالم يحل دون ذلك سبب طبي أو فني، من أجل استشارة المريض حول مايجب عمله :

Civ 27 oct, 1953 Gazelle de palais 1954, 1, 148. مشار إليه في بحث /محسن البيه، ص١٨١ هامش(١)

(٢) Civ 2 nov 1955, Dalloz 1956.3- Trib seine 15 mars 1937 Gazelle de palais 1937,2,379.

(٣) Civ 14 févr 1973, Bulletin Civil,1, No55 p.5 v. en même sens. Art 31 code de la déontologie. F. "un pronostic grave peut toujours légilimement etre dissimulé au malade".

(٤) Civ 21 fevr 1967, Bulletin civil, 1, No. 74, p.55.

حيث قضت المحكمة في هذا الحكم بعدم مسئولية الطبيب رغم عدم إخباره المريض بهذه المخاطر لأن المريض كان قد كذب على الطبيب عندما سأله عما إذا كان قد عولج بهذه الطريقة من قبل أم لا، حيث كان المريض مصاباً بمرض النقرز على أثر محاولة سابقة للعلاج بالأشعة، الأمر الذي كان يجب إخبار الطبيب المعالج له، قبل الشروع في العلاج الجديد، وإلا سيعرض المريض لأخطار حقيقية.

من المسئولية المدنية لعدم إخبار المريض بمخاطر الجراحة بسبب راجع إلى كذب المريض.

١٠٨- ومما سبق نرى مع ماذهب إليه الفقه[١] والقضاء[٢] من أن عبء الإثبات فيما يتعلق بإعلام المريض من عدمه يقع على الجراح، وله في إثبات ذلك أن يلجأ إلى كافة وسائل الإثبات فله أن يستفيد من ظروف الأحوال والقرائن، وللمحاكم أن تستخلص ذلك من القرائن والظروف المحيطة بالقضية المعروضة كطلب المريض من الأطباء تحويله إلى أخصائي معين فذلك يعني ضمناً قبوله لتدخل هذا الأخير وعلاجه[٣]، وللمحكمة أيضاً الحق في أن تستعين بخبير يلقي الضوء على ظروف التدخل الجراحي[٤].

ولكن لايعتبر مجرد طلب المريض الدخول إلى المستشفى أو الذهاب للجراح أو الطبيب رضاء بكافة أنواع العلاج أو الجراحة التي يراها الجراح لازمة لحالته[٥].

الشرط الثاني : أهلية المريض وسلامة الرضا :

١٠٩- يجب أن يكون الرضا بإجراء الجراحة صادراً من مريض لديه أهلية لصدور هذه الموافقه، كما يجب أن يكون الرضا صحيحاً خاليا من العيوب

---

(١) أنظر د/محسن البيه، مرجع سابق، ص١٨٣ ومابعده- د/ عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق ص٤٩ بند ٤٦ ومابعده- د/ محمد حسين منصور - مرجع سابق، ص٣١- د /حسن زكي الإبراشي، مرجع سابق، ص٣٢٣ ومابعدها.

(٢) Lyon 6 jun 1937- D. 1938, 11- savatier, le permis d'opérer, Dalloz 952.157.

"حيث ذهبت إلى أن عبء الإثبات يقع على الطبيب حتى يبرر مشروعة تدخله فعليه واجب إقامة الدليل على رضاء المريض بتدخله وعلاجه".

(٣) Req. 31 oct, 1933 Dalloz. 1933-537.

(٤) Seine 6 fév 1962 Dalloz 1962. 62.

(٥) Lyon 2 juill 1952 Dalloz 1952, 647.

التى تشـوبه كـالغلط والاكـراه والاسـتـغـلال والتـدليس، وسنتناول بيـان مضمون الشرط بالمناقشه والأيضاح على الوجه الآتى:

١١٠ – أولا: أهلية المريض لصدور الرضا منه بإجراء الجراحه:

– انه وفقاً للقاعدة العامه فى التصرفات يشترط للاعتداد بالتصرف قانوناً أن يكون صادراً من شخص لديه أهلية التصرف أى يكون كامل الأهلية أى بالغاً لسن ٢١ سنه وعاقلا أى لم يعترضه مانع أو عارض من عوارض الأهليـه، ولذا فإن الرضـا الذى يصـدر من المريض الكامل الأهليـة يكون صحيحاً ويعتد به.

– **ولكن هل يشترط أن يكون المريض كامل الأهلية بصفة دائمة حتى يعتد برضائه؟**

١١١ – ذهب جانب من الفقه[1] فى معرض الإجابه عن هذا التساؤل إلى القول: أنه بالنسبه للمريض القاصر يجب أن نفرق بين القاصر المأذون له بأعمال الأدارة [2]، والقـاصـر غـيـر المـأذون له، حـيـث يرى هذا الجـانب أن الإذن بالاداره يضع نهاية لحالة القصر بخصوص أعمال الإدارة فقط دون السماح له بالقيام بأعمال التصرف، وبالتالى فإن الرضـا الذى يصدر منه بالموافقه على إجراء الجراحة أو العلاج يكون صحيحاً ويعتد به أما دور

(١) انظر :

Maty (G) : droit civil 1950, T, 1. p.1100-1101.
Mazeaud (V) : Leçon de droit civil op cit T, 1, p. 1280,1281.

انظر د/عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص٤٢ بند ٣٩.

(٢) نصت ١١٢ مدني، م ٥٤، ٥٥ من قانون الولاية على المال بخصوص القاصر قابل الأهلية أنه عند بلوغه سن ثمانية عشر عاماً يحق للولي أو المحكمة بناء على طلب الوصي أن تأذن له بتسلم كل أمواله أو بعضها لإدارتها، وعندئذ يجوز له أن يقوم بأعمال الإدارة التي يقصد بها استثمار أمواله واستغلالها.

القيم أو الولى أو الوصىَ فإنه يقتصر على التوجيه والنصيحه والموافقة علي الجانب المالى من عقد العلاج الطبى. أما القاصر غير المأذون له بأعمال الادارة فلا يعتد برضائه على اجراء الجراحه أو العلاج ويلزم موافقة من له الولاية عليه أو الوصايه.

- **ولكننا نرى:** خلافا للرأى السابق أنه بخصوص رضاء القاصر بالجراحه أو العلاج يجب أن تفرق بين أهليته الجنائية، وأهليته المدنيه، لقد اكتفى المشرع بصدد تحقق المسئوليه الجنائيه فى جانب القاصر بأن تتوافر لديه القدرة على التمييز بين الخير والشر قبل أن يكون فى أستطاعته تقدير أهمية التصرف القانونى الذى يجريه، فإذا ماتوافرت لديه القدرة على إدراك خطورة العمل الذى اجراه تحققت فى جانبه المسئولية الجنائية، حيث حدد المشرع الأهلية الجنائية بسن ١٥ سنه. ولذلك نرى أن المريض لكى يكون رضاؤه صحيحاً ويعتد به يكفى أن تتوافر لديه الأهلية الجنائية أى أن تكون لديه القدرة على إدراك ظروفه والمخاطر التى سيتعرض لها من جراء المرض، ومن جراء الجراحة ولا أهمية لكونه ناقص الأهلية فى نظر القانون [(١)]، ويتحقق ذلك فى جانبه إذا بلغ الأهلية الجنائية أى ببلوغه سن ١٥ سنه، حيث تقتصر موافقته على الرضاء بالجراحه أو العلاج دون الجانب المالى من عقد العلاج حيث يستلزم موافقة الولى أو الوصى أو القيم عليه.

- أما إذا كان القاصر عديم التمييز أو لم يبلغ سن الأهلية الجنائيه: (سن ١٥ سنه) فإنه فى هذا السن لا يُقَدِّر خطورة حالته أو أهمية الجراحة

(١) أنظر د/ حسن زكي الإبراشي، مرجع سابق، ص٣١٤.

Liyon 15-12-1859 - siry 1909 -2-321.

بالنسبه له، وبالتالى فلا يعتد برضائه بالجراحه ويستلزم الأمر موافقة وليه أو وصيه (١)، وكذلك المريض الذى أصيب بحالة جنون متصل يعامل كما لو كان عديم التمييز (أى الذى لم يبلغ السابعه وتكون تصرفاته باطله بطلانا مطلقا) فيلزم موافقة القيم عل إجراء الجراحة، أما إذا كانت حالة الجنون متقطعه فإنه يلزم أخذ موافقة المريض فى حالة إفاقته، أما فى الفترات التى يكون فيها تحت تأثير النوبه الجنونية فيؤخذ رأى القيم عليه (٢).

١١٢ - **أما السفيه وذو الفعله:** فإن حكم تصرفاته كحكم تصرفات القاصر، فإذا كانت نافعة له نفعا محضاً كانت صحيحه، أما إذا كانت ضاره به ضرراً محضا فإنها تكون باطله كتصرفات عديم التمييز اما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر فإنها تكون قابله للبطلان لمصلحته، وإن **كنت أرى** أن حكم الفقه الاسلامى بالنسبه له لهو الأصح حيث أعتبر تصرفاته موقوفه النفاذ على إجازة الولى أو الوصى أو ممن له حق الاجازه شرعاً. لأن القول بنفاذ تصرفاته مع كونها قابله للبطلان قد يترتب عليها عدم التمكن من اعادة المتعاقدين إلى التى كان عليها عند الحكم ببطلان التصرف، أما القول بوقف نفاذ التصرفات فيمكن تلافى حالة عدم التمكن من اعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كان عليها قبل التعاقد.

- **تلك هى حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة فهل تنطبق هذه الأحكام على المريض السفيه أو ذى الغفله بخصوص صحة رضائه بإجراء الجراحه أو العلاج؟**

(١) أنظر جارو.. مقاله "دور إرادة الطبيب والمريض في إجراء العلاج أو التدخل الجراحي ص١٣٩ ومابعدها.

(٢) أنظر حسن زكي الإبراشي، مرجع سابق، ص٣١٥.

نحن نعلم أن السفيه وذى الغفله يحتفظان بأهليتهما بصفه عامه، وأن الحجر عليهما إنما يكون فيما يتعلق بالتصرفات الماليه، وموافقة المريض السفيه أو ذى الغفله على عقد العلاج إنما تكون موافقة محلها تصرفات دائرة بين النفع والضرر ولها جانبان:

الأول: يتعلق بقدرته على إدراك ظروفه والمخاطر التى يتعرض لها من جراء المرض ومن جراء الجراحه أو العلاج وهذا الجانب لايعتبر من التصرفات الماليه، ولذا فإن موافقته عليه تكون صحيحه ويعتد بها، فإذا وافق على العلاج أو الجراحه فإن موافقته تكون صحيحه يعتد بها ويعتبر رضاؤه صحيحاً بالجراحه، أما الجانب الآخر: وهو المالى وهو الذى يتعلق بالتصرفات الماليه فإنه يأخذ حكم القاصر أى تكون قابله للبطلان على رأى القانون أو تكون موقوفه النفاذ على إجازه القيم على رأى الفقه الإسلامى.

- أما بالنسبه لرضاء الزوجه: يجب أن تفرق بين حالتين حالة فإذا كانت الزوجة كامله الأهلية، فهنا يعقد برضائها على الجراحه دون حاجه إلى موافقة من الغير لأن الرضا بالعلاج أو الجراحة حق طبيعى للزوجة فلها الحق فى المحافظة على صحتها، ولايعتد هنا بمعارضه الزوج، خاصة فى المسائل المرتبطه بالاجهاض اللاإرادى أى الطبى[١].

١١٣ – ثانيا: سلامة الرضا لدى المريض:

- إما فيما يتعلق بسلامة رضاء المريض بالجراحة – «الرضا الحر بالجراحه»– فيستلزم ذلك أن يكون رضاء المريض خاليا من العيوب التيتث

---

(١) Savaiter (R) La responsabilité Médicale. paris 1948 N. 785 - P. 402.

تمس سلامته كالغلط أو الاكراه أو التدليس أو الأستغلال وذلك حتى يكون الرضا صحيحاً وغير مشوب بعيب من عيوب الإراده مما يؤثر على صحته ويجعل عقد العلاج قابلا للبطلان لمصلحة المريض، وهذا الأمر يستلزم من الجراح أن يلتزم بإعلام المريض بالمخاطر المتوقعه من العملية الجراحية سواء كان جسيمه أو عاديه وكذلك بالآثار التى قد تحدث إذا تخلف عن اجراء الجراحه وذلك كما ذكرنا من قبل [١]- فإن لم يلتزم الجراح بإعلام المريض وحصل على رضائه بالجراحه كان هذا الرضاء مشوباً بغلط دافع إن لم يكن بالغش الأمر الذى يجعل الرضاء معيبا، ويحق للمريض طلب إبطاله، وعدم الاعتداد به، وبالتالى تتحقق المسئولية المدنيه فى جانب الجراح، لأن حصوله على رضاءٍ مشوب بالغلط ليس بأكثر قيمه من إغفاله أخذ رضاء المريض كلية [٢].

- وقد يلجأ الجراح إلى استعمال طرق إحتياليه للحصول على رضاء المريض بإجراء الجراحه سواء كانت هذه الطريقه إيجابيه بأن يدعى بأنه يجرى له أشعه وهو فى الحقيقه يقوم بتجاربه الطبيه أو كانت الطريقة سلبيه بأن يكتم عن المريض حقيقة مرضه فالكتمان يعد تدليساً فى مجال العقد الطبى الأمر الذى يجعل العقد قابلا للبطلان أيضا [٣] وبالتالى تتحقق فى جانب الجراح نتيجة للحكم ببطلان العقد المسئولية المدنيه فى مواجهة المريض.

---

(١) أنظر في هذا البحث التزام الجراح بإعلام المريض ص ١١٥ ومابعدها بند ٩٦ ومابعده.

(٢) Paris 21-3-1931- siry 1931-2-129.

(٣) Paris 7-3-1952 Dalloz 1952-367- "que à moins de circomstances tout a fait exceptionnelles, le mensonge est inexcuable s'il consiste à dissimuler un élément favorable pour fair croire au client que son mal est plus grave qu'il ne semble l'être en réalité".

مشار إليه في بحث د/ عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص٣٦.

- أما إذا وقع اكراه من جانب الجراح على المريض للحصول على رضائه بإجراء الجراحه كان رضاؤه معيباً، ويجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا فإذا ماحكم ببطلانه تحققت أيضا مسئوليه الجراح المدنيه تجاه المريض [١].

١١٤ - الشرط الثالث: أن يكون رضاء المريض محله مشروعاً:

- يشترط فى رضاء المريض لكى يعتد به أن يكون المحل الواقع عليه مشروعاً، ويكون المحل مشروعاً إذا كان الشئ أو العمل المعقود عليه مما يجيزه القانون، وعندئذ يرد عليه التعامل بين الأشخاص كالأرض والتجارة، أما إذا كان الشئ أو العمل المعقود عليه مما يخرج عن دائرة التعامل فلا يكون المحل مشروعاً ويبطل العقد [٢]. وفى حالة رضاء المريض بالجراحه لايمكن أعتبار رضائه صحيحاً ومشروعاً إلا إذا كان التدخل الجراحى بقصد تحقيق شفاء المريض أو المحافظة على حياته ويجب ألاً يخالف العمل الجراحى النظام العام أو الآداب حيث نصت المادة ١٣٥ مدنى مصرى على أنه «وإذا كان محل الألتزام مخالفا للنظام العام كان العقد باطلا». ومن الأعمال المخالفه للنظام العام رضاء المريض بإجراء الجراحه لبتر أحد أطرافه تهربا من أداء الخدمه العسكريه مثلا ولقد قضت محكمة النقض الفرنسيه أن الرضاء لاينفى الصفه غير المشروعة للعمل [٣]، وعلى ذلك لايعتد بالرضاء بالجراحه بهدف الأنتحار[٤] أو التخلص من أداء الواجب العسكرى [٥].

---

(١) أنظر حكم جنايات الإسكندرية الصادر بجلسة ١٩٤١/١٢/٢٥ في القضية رقم ٢٣٤٠ لسنة ١٩٨٣.

(٢) أنظر د/ عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام. ص٦٨ بند ٣٥ طبعة ١٩٩٠ الناشر مؤسسة البساني للطباعة - حدائق القبة- القاهرة.

(٣) Crim. 1-7-1937- siry 1938-1-193.

(٤) Civ. 21-8-1851- siry 1852-1-286.

(٥) Civ. 2-7-1835. siry 1835-1-467.

الفرع الثانى

كون المريض فى حالة لاتسمح له بالتعبير عن ارادته «حالة الضرورة»

إن أخذ رضاء المريض بالعلاج ليس لازماً فى جميع الظروف. فقد يكون المريض فى حالة لاتسمح له بالاعراب عن رضائه بالعلاج وكانت هناك ضرورة تدعو إلى سرعة القيام بالجراحه. كأن يصاب المريض فى حادثة فقد معها وعيه، ويكون الإسراع بإجراء الجراحه هو الأمل الوحيد لإنقاذ حياته. فهنا يكون من حق الجراح أن يتجاوز عن أخذ رضاء المريض(١) لأن المريض لو كان فى وعيه لدفعته غريزه حب البقاء إلى الرضاء بما يقدم عليه الجراح من جراحه (٢).

ومثال ذلك أيضا إذا ظهر للجراح أثناء مباشرة عملية جراحية رضى بها المريض ما يدعوه إلى عملية أخرى رأى ضرورة اجرائها وكان فى إرجاء عملها حتى يفيق المريض ويحصل على رضائه خطر على حياته(٣).

- ولذا فإن رضاء المريض بالجراحه ليس «لازما فى كل الحالات وإنما هو ألتزام يتقيد بما تفرضه الضرورة وتوجيه مصلحة المريض من عدم تعريضه لأخطار لايعرف مداها.

---

(١) Civ. Paris 28/6/1923 Dalloz 1924-2-2116.

(٢) أنظر د/حسن الإبراشي، مرجع سابق، ص٣٢١/٣٢٢.

(٣) لانيون ١٩٣٢/١٢/٩ جازيت باليه ١٩٣٣-١-٣٣٩. في قضية نلخص ظروفها في أن جراحاً أثناء إجراء عملية استئصال ورم بسيط ظهر له أنه سرطاني مما يقتضي إجراء جراحة أخطر فأجراها الجراح، وقضت المحكمة بأنه إذا كان على الجراح أن يحصل على رضاء المريض بالعلاج فلم يكن ذلك ممكناً بالنظر إلى ملابسات الحالة.

المبحث الثانى

أحكام الجراحة المشروعة في الفقه الإسلامي

تمهيد

١١٥- إن الفقه الإسلامى يحظر فى الأصل المساس بالكيان الجسدى إلا فى حالات استثنائية، فسبب اباحة عمل الجراح فى الكيان الجسدى يكمن فى إذن الشرع الذى ينشئ له رخصه بصفة استثنائية من الأصل وهو الحظر، ولذا فإن إباحة تدخل الجراح بالجراحة لايكون إلا بإذن الشارع فهو الذى أنشأ سبب الإباحة من الناحية التجريدية (١).

ولهذا فإن الجراح لايلبى طلب المريض بالتدخل الجراحى إلا إذا كانت تلك العملية الجراحية مأذونا بفعلها شرعاً، فقبل أن يتدخل الجراح بالجراجة عليه أن يتأكد أنها من العمليات المباح اجرائها شرعاً لأن جسد الانسان مملوك لله ملكية رقيه، وليس للإنسان سوى حق الانتفاع به لقوله تعالى: ﴿**لله ملك السموات والأرض ومافيهن وهو على كل شئ قدير**﴾ (٢)، ومن ثم فلايحق للجراح أن يتدخل جراحيا للمساس بالكيان الجسدى إلا أن يأذن مالكه الحقيقى بذلك وهو الله سبحانه وتعالى، حيث تكون هناك ضوابط للجراحة المشروعة فى الفقه يجب أن يلتزم بها الجراح وهى: تحقيق مصلحة مشروعة، ضرورة توافر قصد العلاج لدى الجراح من وراء تدخله الجراحى، وجود النص الخاص بجواز الجراحة.

---

(١) انظر د/ أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبيه ص ٤٢.

(٢) المائده أيه ١٢٠

- هذا وسنوضح أحكام الجـراحـه المشـروعـة من خـلال شـرح وبيـان تلك الضوابط، بالاضافه إلى ضابط الأهليه الواجب توافرها في الجراح، وكذا ضابط إذن المريض للجراح بإجرائها وذلك في مطالب على الوجه الآتي:

المطلب الأول

ضوابط الجراحه المشروعه في الفقه الإسلامي

١١٦- سبق أن ذكرنا أن هناك ضوابط ثلاثة يلزم توافرها لكي نكون بصدد جراحه مشروعه وهي تحقيق مصلحة مشروعة من اجراء الجراحة، توافر قصد العلاج لدى الجراح، وجود النص الخاص بجواز الجراحه وسنتناول شرح تلك الضوابط على الوجه الآتي:

أولا: ضابط تحقيق مصلحة مشروعة من التدخل الجراحي:

١١٧ - إن من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس، وبالتالي فأي عمل يتضمن حفظ النفس، وكذا المقاصد الأخرى-حفظ الدين والعقل والنسل والمال- فهو مصلحة، أما إذا كان من شأن هذا العمل هو تفويت مقاصد الشريعة الإسلامية ومنها حفظ النفس فهو مفسدة، ولذا فإن تدخل الجراح بالجراحة لعلاج المريض ودفع الضرر عنه بما يحفظ عليه نفسه فإنه يعتبر متضمناً للمصلحة الشرعية من هذا الوجه، وهناك كثير من القواعد الفقهية التي يمكن الاستناد إليها من إباحة تدخل العمل الجراحي والتي من شأنها أن تكون ضوابط لتحقيق المصلحة المشروعة ومنها:

١١٨- أ- قاعدة "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"[١]

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩١ الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية - بيروت.

إن الجراحة إذا كان من شأنها أن تكون سبباً ناجحاً لدفع المرض عن المريض، فإن تدخل الجراح الجراحي يكون مباحاً وفقاً للقاعدة الفقهية السابقة، ولقوله تعالى ﴿ مايريد الله ليجعل عليكم من حرج ﴾[1]، ولقوله تعالى ﴿ يريد الله أن يخفف عنكم ﴾[2].

ومن الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة جراحة الولادة : وتعني بها تدخل الجراح لإخراج الجنين من بطن أمه والأمر هنا لايخلو من حالتين:

الأولى : أن تكون الجراحة حاجية[3]

وهي التي يتدخل فيها الجراح بالعمل الجراحي لإجراء العملية (الجراحة القيصرية) بسبب تعثر الولادة الطبيعية الأمر الذي قد يؤدي بحياة الأم والجنين.

وحكم الجراحة هنا : أنها مشروعة لأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة، فالعملية تكون مشروعة طالما وجدت الحاجة إليها وتعذر البديل الأخف ضرراً.

الثانية : أن تكون الجراحة ضرورية :

أي أن التدخل الجراحي فيها يكون ضرورياً لإنقاذ حياة الأم أو الجنين أو كليهما معاً، كأن يكون الجنين خارج الرحم في قناة المبيض، وهو مايطلق عليه جراحة "الحمل المبتذ"، أو أن يكون الجنين حي في بطن أمه بعد وفاتها فيتدخل الجراح لشق بطنها لاستخراج ذلك الجنين وهو

---

(١) المائدة آية ٦.

(٢) النساء آية ٢٨.

(٣) انظر د/ محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، ص١٤٩ - مكتبة الصديق - الطبعة الأولى - رسالة دكتوراه من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

مايطلق عليه "جراحة استخراج الجنين الحي بعد وفاة أمه"، أو أن يتعرض رحم الأم إلى التمزق الذي يهدد حياة الأم وجنينها بعد اكتمال خلقه، فيتدخل الجراح لإجراء الجراحة واستخراج الجنين حتى لاتتعرض الأم وجنينها للهلاك وهو مايطلق عليه "الجراحة القيصرية في حالة التمزق الرحمي"(١).

وحكم هذا النوع من التدخل الجراحي : يكون مشروعاً وجائزاً نظراً لأن فيه إنقاذ للنفس المحرمة، وهو داخل في عموم قوله تعالى **﴿ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً﴾**(٢)، فطالما أن استئصال الداء الموجب للهلاك من جسم المريض جائز فإن التدخل الجراحي لاستخراج الجنين إذا كان بقاؤه يؤدي إلى هلاك الأم بجامع دفع الضرر في كل، ولأن الحاجة هنا تنزل منزلة الضرورة.

١١٩- ب - قاعدة : (الضرورات تبيح المحظورات)(٣)

وجه الدلالة من هذه القاعدة أن المكلف إذا بلغ مقام الاضطرار رخص له في إتيان المحظور شرعاً.

وسبق الذكر(٤) أن الأصل هو حرمة المساس بجسد الإنسان على اعتبار مصعوميته، ولكن بمقتضي هذه القاعدة إذا كانت هناك ضرورة(٥) لإجراء جراحة لإنقاذ حياة المريض أو المساعدة على شفائه كان التدخل الجراحي مباحاً استثناءاً من الأصل.

---

(١) أنظر د/ راجي عباس التكريتي، السلوك المهني للأطباء - دار الأندلس للطباعة والنشر- طبعة ثانية ١٤٠٢هـ ص٣٣٧/٣٣٨.

(٢) المائدة آية ٣٢.

(٣) الأشباه والنظائر السيطوي ص٨٤.

(٤) أنظر في هذا البحث ص١٣٨ ومابعدها بند ١١٥ومابعده.

(٥) جاء في القوانين الفقهية لابن جزئ ص٩٤ "... وأما الضرورة فهي خوف الموت، ولايشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت".

ومن الأمثلة التطبيقية على تلك القاعدة: "شق بطن الحامل الميتة لإنقاذ حياة الجنين الحي" وإن اختلف الفقه في بيان هذه المسألة مابين مانع ومجيز ولكل أدلته على الوجه الآتي :

الأول : ذهب إلى حرمة شق بطن الحامل المتوفي لإخراج الجنين الحي: حيث استدلوا على ذلك بحديث عائشة – رضي الله عنها– قالت قال رسول الله ﴿ ﷺ ﴾ «كسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم»[1].

ووجه الدلالة : أن الحديث جعل المساس بجسد الميت حراماً بصفة عامة دون أي استثناء.

ولكن أرى أن المساس بالحامل من خلال التدخل الجراحي بشق بطنها لإخراج الجنين الحي إنما هو من قبيل الضرورة التي تتمثل في إنقاذ الجنين الحي من الموت، وبالتالي فإن التدخل الجراحي بمعرفة الجراح هنا لايعد مساساً بحرمة المتوفي، لأن الأمور بمقاصدها كما أن الضرورات تبيح المحظورات.

وقد أستدل أصحاب هذا الرأي أيضاً على حرمة التدخل الجراحي في الصورة السابقة بقولهم بأن التدخل الجراحي بشق بطن الحامل انتهاكا لحرمة متيقنة في مقابل إبقاء حياة موهومة وغير مؤكدة[2].

ولكن يرد على ذلك بأن التقدم العلمي الآن، والوسائل الحديثة أصبحت تمكن الجراح من التيقن بحياة الجنين.

أما الثاني : فيؤيد تدخل الجراح جراحياً بشق بطن الحامل المتوفية لإنقاذ الجنين الحي استناداً إلى قوله تعالى ﴿**ومن أحياها فكأنما أحيا**

(١) سنن أبي داود ج٣ ص٢١٢.

(٢) أنظر كشاف القناع ج٢ ص١٦٩.

الناس جميعا ﴾[١].

ووجه الدلالة : أن تدخل الجراح بالعمل الجراحي بشق بطن الحامل سبب في إحياء الجنين المعرض للوفاة في حالة عدم التدخل الجراحي فيكون مشروعاً.

كما استدلوا بالعقل من أنه إذا تعارض حق حي مع حق متوفي فقدم حق الحي لكون حرمته أولى[٢].

علاوة على أن هناك ضرورة تتمثل في إنقاذ حياة الجنين الحي المعرض للوفاة تستدعي التدخل بواسطة الجراح لإنقاذه، وذلك استثناءاً من الأصل وهو الحرمة فالضرورات تبيح المحظورات.

ونؤيد هذا الرأي، لأن استبقاء حي بإتلاف جزء من الميت فأشبه إذا اضطر إلى أكل جزء من الميت[٣].

١٢٠- جـ - قاعدة "المشقة تجلب التيسير"[٤]

إن الآلام الموجبة للمشقة قصد الشارع دفعها، كما قصد رفعها فإن تعينت العملية الجراحية كوسيلة للعلاج جاز إجراؤها.

ومن الأمثلة التطبيقية على ذلك : "الاستئصال" حيث يتدخل الجراح لاستئصال الداء من جذوره كالحال في الأورام، والغدد الملتهبة، فتدخل الجراح هنا لاستئصال تلك الأورام مشروع في جملته، لأن في وجوده مايحقق المشقة للمريض وبالتالي تدعو الحاجة إلى التيسير عليه بالتدخل الجراحي لاستئصاله.

---

(١) المائدة آية ٣٢.

(٢) أنظر المبدع في شرح المقنع - للعلامة أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح- ج٢ ص٢٨٠ الطبعة الأولى - المكتب الإسلامي طبعة ١٩٨٠م / ١٣٩٩ هـ.

(٣) المجموع شرح المهذب - النووي - ج١ ص١٣٨- دار الفكر.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٧٦.

١٢١- د- قاعدة "إذا ضاق الأمر اتسع"(١)

ومعنى هذه القاعدة : أن المكلف إذا بلغ درجة المشقة التي لايقدر عليها فيجب أن نوسع عليه في الحكم، وهذا ماينطبق على حالة المريض الذي يحتاج إلى إجراء جراحة لانقاذه من تلك المشقة التي لايستطيع تحملها.

١٢٢- هـ- قاعدة : "مالايتم الواجب إلا به فهو واجب"(٢)

فإنقاذ المسلم من المرض المؤدي إلى الهلاك واجب على القادر عليه، فإن كان ذلك بطريق تدخل الجراح لإجراء العملية الجراحية فتكون واجبة.

ثانياً : قصد العلاج

١٢٣- إن الغاية من التدخل الجراحي هو علاج المريض، أي تخليصه من مرضه أو التخفيف من آلامه، ولذا فإنه من المتفق عليه فقهاً أن أعمال الجراح لاتكون مشروعة إذا إذا قصد من وراء تدخله الجراحي علاج المريض، أما إذا قصد شيئاً آخر غير ذلك كإجراء التجارب الطبية على المريض أو غير ذلك بما يتنافى وقصد العلاج كان تدخله هنا غير مشروعاً، وبالتالي فتكون الجراحة محرمة، كأن يطلب شخص منه أن يقطع عضواً سليماً من جسده لكي يعفى من الخدمة العسكرية مثلا وفعل ذلك حقت عليه المساءلة عكس ما إذا كان القطع تستدعيه ضرورة إنقاذ حياة الشخص أو صحته(٣)، كذلك يسأل الجراح عن عمله إذا استهدف به إجراء اكتشاف علمي دون

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٣.

(٢) قواعد ابن اللحام ص٩٢.

(٣) جاء في تهذيب الفروق والقواعد السنية على هامش الفروق للقرافي ج١ص٢١٦، قال بن فرحون: والظاهر جواز مايشفي من المرقد لقطع عضو ونحوه لأن ضرر المرقد مأمون وضرر العضو غير مأمون".

أن يقصد علاج المريض، ويتحقق في جانب الجراح الضمان أي المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية(١).

ثالثاً : وجود نص خاص بجواز الجراحة

١٢٤- ومن الأمثلة الواضحة على ذلك الأحاديث الواردة في مشروعية الحجامة ومنها: عن عبد الله بن عباس «أن النبي ﴿ﷺ﴾ احتجم في رأسه» متفق عليه(٢).

وعن جابر بن عبد الله -رضي الله عنه- أنه عاد مريضاً ثم قال : لا أبرح حتى نحتجم فإني سمعت رسول الله ﴿ﷺ﴾ يقول «إن فيه شفاء»(٣) .

ووجه الدلالة من تلك الأحاديث أنها دلت على مشروعية الحجامة وهي نوع من الجراحة تقوم على شق الجلد لمص الدم الفاسد واستخراجه.

- وكذلك مادلت عليه الأحاديث النبوية على مشروعية الختان ومنها مارواه مسلم عن أبي هريره - رضي الله عنه - عن النبي ﴿ﷺ﴾ قال «الفطرة خمس : الختان، والاستحداد، وتقليم الأظافر، وقص الشارب، ونتف الإبط»(٤) .

ووجه الدلالة : أن الحديث دل على مشروعية الختان وهو نوع من الجراحة لأن فيه قطع للجلد.

---

(١) أنظر د/ سعد جبالي عبد الرحيم، حكم التطبيب والخطأ في الفقه الإسلامي، ص٢٦-٢٨ طبعة ١٩٩٣ دار النهضة العربية - القاهرة.

(٢) صحيح البخاري ج٤ ص١١، صحيح مسلم ج٤ ص٢٢.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ج٤ ص١١.

(٤) صحيح مسلم ج١ ص١٠٥.

المطلب الثاني

توافر الأهلية في الجراح ومساعديه في الفقه الإسلامي(١)

١٢٥- لكي تكون بصدد جراحة مشروعة يلزم أيضاً أن يتوافر في الجراح الأهلية اللازمة للقيام بالجراحة، وحتى يصرح له بالتدخل الجراحي لإجراء العملية الجراحية، ولكي تتوافر الأهلية لدى الجراح يلزم تحقيق أمرين:

١٢٦- الأول : أن يكون على بصيرة بالمهنة الجراحية المطلوبة :

أي لابد من علمه وبصيرته بالعمل الجراحي المطلوب لأن الجاهل بالجراحة لايحل له أن يباشر فعلها، لأنه بذلك يعرض حياة المريض للخطر فيكون فعله محرماً شرعاً.

وجاء في المغني لابن قدامه(٢) "... وجملته أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين: أحدهما : أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم، ولهم بها بصارة ومعرفة، لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل به مباشرة القطع، وإذا قطع مع هذا كان فعله محرماً فيضمن سرايته كالقطع ابتداء...".

والنص السابق يوضح لنا ضرورة أن يكون الجراح على بصيرة وعلم بعمله، وإلا كان فعله الجراحي محرماً، ويتحقق في جانبه الضمان،

---

(١) انظر د/ محمد محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها - رسالة دكتوراة. بقسم الفقه- الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ص١٠٦ ومابعدها مكتبة الصديق.

(٢) أنظر المغنى لابن قدامه ج٥ ص٥٣٨، وجاء في المبدع لابن مفلح ج٥ ص١١٠ في مسألة تضمين الجراح"... واقتضى ذلك أنهم إذا لم يكن لهم حذق في الصنعة أنهم يضمنون، لأنه لاتحل لهم مباشرة القطع، فإذا قطع فقد فعل محرماً فيضمن سرايته".

فلايجوز للجراح أن يقدم على فعل الجراحة إلا بعد أن يكون عالماً بها بكل تفاصيلها، فإذا لم تتوافر فيه ذلك بأن كان جاهلاً بها بالكلية مثل أن يكون خارج عن اختصاصه أو جاهلاً ببعضه فإنه يحرم عليه فعلها، ويعتبر إقدامه عليها في حالة عدم العلم والبصيرة بمثابة الجاني المعتدي على الجسد المحرم بالقطع أو الجرح، ويأخذ حكمه في الآثار المترتبة على فعله من جهة الضمان[١].

١٢٧- الثاني : أن يكون قادراً على تطبيقها وأدائها على الوجه المطلوب:

حيث يستلزم الأمر أن يكون الجراح متخصصاً في إجراء مثل تلك الجراحات حتى يكون أهلا لإجرائها، ولقد جرت الأعراف الطبية في عصرنا الحاضر بتدريب الأطباء على فعل الجراحة وتطبيقها قبل إعطائهم الإجازة بالعمل الجراحي، ويتم ذلك التدريب تحت إشراف المختصين من الأطباء القدماء الذين لهم خبرة واسعة في مجال الجراحة الطبية[٢].

ولاشك أن هذا التدريب يعتبر أمراً مهماً لكي يستطيع الجراح من خلاله الوصول إلى درجة الأهلية لممارسة الجراحة، ويترتب على حصوله على تلك الشهادة بالأهلية لإجراء العمل الجراحي أثر هام في مسألة إسقاط الضمان، ولذا فإنه لابد من توافر شرط الأهلية في الجراح حتى يحكم بجواز إقدامه على فعل الجراحة بالمريض، وإذا لم تتوافر هذه الأهلية لديه، فإنه يحرم عليه إجراء الجراحة.

---

(١) أنظر د/ محمد الشنقيطي، مرجع سابق، ص١٠٧/١٠٨.

(٢) أنظر د/ راجي عباس التكريتي، السلوك المهني للأطباء، مرجع سابق ص١٤٢/١٤٣ سنة ١٤٠٢هـ.

المطلب الثالث

إذن المريض للجراح بإجراء العملية الجراحية في الفقه الإسلامي

١٢٨- يقصد بإذن المريض هنا موافقته على التدخل الجراحي بواسطة الجراح، وقد يحل محله في الإذن أهله أو أقاربه في حالة عدم تمكنه من إعطاء موافقته كأن يكون في غيبوبة، هذا وسنوضح شرط الإذن وصفته، وحكمه، وحالات سقوطه على الوجه الآتي :

١٢٩- أولاً : الشروط الواجب توافرها في الإذن :

أ - أن يكون صادراً من صاحب الحق : وهو المريض، أو من يقوم مقامه كالولي أو الوصي أو الحاكم[١] .

ب- أن يكون الإذن صادراً عن إرادة حرة دون إكراه أو تدليس، فلايعتد بإذن المكره لقوله تعالى (من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أُكرِه وقَلبُهُ مطمئن بالإيمان)[٢] .

ووجه الدلالة : أن من أكره على قول مايوجب الكفر وقلبه مطمئن بالإيمان فإنه لايعتبر كافراً، ولذا نجد أن الفقه اعتبرها أصلاً في عدم مؤاخذة المكره بقوله الذي أكره عليه، لأنه إذا كان الإكراه موجباً لسقوط المؤاخذة فيما هو من أصول الدين، فإنه من باب أولى أن يكون مسقاطاً لها فيما هو من فروعه.

---

(١) أنظر المغني وشرح الكبير، لابن قدامه ج٦ ص١٢١.

(٢) سورة النحل آية ١٠٦.

جـ- أن تتوافر الأهلية في صاحب الإذن : وهي تتحقق بالبلوغ والعقل، فلايصبح إذن الصبي أو المجنون[1]، ولذا فإن وليه يحل محله في إعطاء الإذن أو عدمه.

د- أن يكون الإذن محله عمل جراحي مشروع: فإن كان إذن المريض محله عمل جراحي محرم كجراحة تغيير الجنس، أو جراحة التجميل التحسينية، أو قطع أصبع للتهرب من أداء الواجب الوطني، فإن الأذن لايكون صحيحاً، ويعتبر ساقطاً شرعاً. وبالتالي تتحقق مسئولية الجراح عن كل مايترتب على عمله الجراحي من أضرار[2].

هـ- يجب أن يكون الإذن بالتدخل الجراحي صريحاً من حيث الصياغة، أو مايقوم مقام الصراحة كأن يعطي الإذن بالإشارة المفهومة على موافقته بإجراء الجراحة.

و- أن يشتمل الإذن على إجازة فعل الجراحة : فلو أراد الجراح عمل جراحة للمريض فعليه استصدار إذن خاص منه بخصوصها، أما لو اشتمل الإذن على إجازة غير الجراحة كالعلاج بالدواء أو الفحص فقط، فإنه لايعتبر موجباً لإجازة فعل الجراحة[3].

---

(١) جاء في تحفة المودود، للإمام شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزيه المتوفي سنة ٧١١هـ ص١٥٣ "... فإن كان بالغاً عاقلاً لم يضمنه لأنه أسقط حقه في الإذن فيه، وإن كان صغيراً، ضمنه لأنه لايعتبر إذنه شرعاً..." دار الكتب العلمية - بيروت.

(٢) جاء في تحفة المودود لابن القيم، مرجع سابق، ص١٣١ (... فإنه لايجوز له الإقدام على قطع عضو لم يأمر الله ورسوله بقطعه، ولاأوجب قطعه، كما لو أذن له في قطع أذنه أو أصبعه فإنه لايجوز له ذلك، ولايسقط الإثم عنه بالإذن....).

(٣) أنظر د/ محمد الشنقيطي، مرجع سابق، ص٢٣٦.

٢٠١- ثانياً : صفة الإذن :

والإذن الصادر من المريض قد يكون **مقيداً** : أي يأذن المريض للجراح بإجراء عملية جراحية له ويحددها كموافقته على استئصال الزائدة الدودية فقط.

وقد يكون الإذن **مطلقاً** : وصورته أن يأذن المريض للجراح بمطلق الجراحة دون تحديد نوعها على اعتبار أن المريض ليس لديه الخبرة الفنية بالعلاج فيترك تحديد الجراحة ونوعيتها للجراح، والأمر يتوقف على العادة المتبعة في كل بلد : فإذا جرت العادة الطبية أن يكون الإذن مطلقاً، وأجرى الجراح الجراحة، فإن مسئوليته تنتفي استناداً إلى الأذن المطلق، أما إذا كانت العادة قد جرت على أن يكون الإذن مقيداً بنوع معين من التدخل الجراحي، وخالف ذلك الجراح وأجرى جراحة أخرى دون الإذن الخاص استناداً إلى الإذن المطلق، فإنه يكون مسئولاً مسئولية كاملة عن آثار هذا العمل لأنه غير معتاد عند الجراحين، وذلك استناداً إلى أن "العادة محكمة"(١)، وقد ورد من أقوال الفقهاء بخصوص الأذن المطلق : "الأذن المطلق إنما يتناول المعتاد من الأعمال دون الغرر"(٢).

١٣١- ثالثاً : حكم الإذن عند الفقهاء :

إن بيان حكم الإذن يتمثل في التساؤل الآتي :

هل حصول الإذن من المريض بمباشرة الجراحة شرطاً لإسقاط الضمان عن الجراح ؟

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٩.

(٢) أنظر تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، للإمام برهان الدين أب الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي، ج٢، ص٢٤٥ بالمطبعة المعاصرة بمصر سنة ١٣٠١هـ وبهامشه العقد المنظم للحكام لابن سلمون.

ذهب الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل إلى رأيين :

الأول : ذهب إليه الجمهور[١] من أن الضمان لايسقط عن الجراح الذي تدخل جراحياً بدون إذن المريض، حيث جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير "بأن كان بلا إذن أصلاً أو بإذن غير معتبر شرعاً كأن داوى صبياً بإذنه فإنه يضمن ولو علم ولم يقصر"[٢].

ولذا فإذا أخل الجراح بذلك وتدخل جراحياً بدون إذن المريض كان مسئولاً عن كل ماينجم عن فعله من أضرار، ولذلك نجد أن الفقهاء يعتبرون هذه المسئولية حينما نصوا على أن الحجام، والخاتن يضمن كل منهما سراية القطع والجرح إذا أقدم على فعل الحجامة والختان بدون إذن المريض[٣]، ويستدل من ذلك بأن الجراح إذا قام بإجراء الجراحة دون الحصول على إذن مسبق من المريض بالتدخل الجراحي كان ضامناً كل ماينتج عن فعله من أضرار.

أما الرأي الثاني : ذهب إلى القول بأن الضمان يسقط عن الجراح الحاذق إن لم يقع منه خطأ ولاتعد، وإن لم يأذن له المريض بالتدخل الجراحي[٤].

---

(١) أنظر الفتاوي الهندية، لمجموعة من علماء الهند ج٤ ص٤٩٩ الطبعة الرابعة دار إحياء التراث العربي ببيروت سنة ١٤٠٦هـ حيث جاء بها "وأما إذا كان بغير إذن فهو ضامن سواء تجاوز الموضع المعتاد أو لم يتجاوز". وجاء في روضة الطالبين للنووي ج٩ ص١٨٠ "وليس للأجنبي المعالجة ولا القطع المخطر بحال" طبعة المكتب الإسلامي.

(٢) أنظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص٣٥٥.

(٣) أنظر المغني والشرح الكبير لابن قدامه ج٦ ص١٢١ - كشاف القناع للبهوتي ج٤ ص٢٧ - أنظر الفتاوى الهندية ج٥ ص٣٥٧- تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص٢٤٣.

(٤) جاء في المحلي للإمام أبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري المتوفي سنة ٤٥٦هـ الطبعة الأولى ج١٠ ص٤٤٤ "سأله فيمن قطع يداً فيها أكله أو قطع ضرساً وجعه أو متآكلة بغير =

وقد استند أصحاب الرأي إلى أن علاج المريض يدخل في نطاق التعاون على البر والتقوى وهو مندوب شرعاً، وعليه فلا حرج على الجراح إذا قام بعلاج المريض، ولو كان بغير إذن منه لأن قصده، إنما هو تخليص المريض من الآلام[1].

والراجح ماذهب إليه الرأي الأول إلا أن نكون بصدد حالة من حالات سقوط الأذن التي سنوضحها على الوجه الآتي :

١٣٢- رابعاً : حالات سقوط وجوب الإذن :

هناك حالتين لايستلزم مع وجود إحداهما شرط الحصول على الإذن المسبق من المريض، بل يحق بمقتضى إحداهما أن يتدخل الجراح لإجراء الجراحة دون أن يتحقق في جانبه الضمان بسبب عدم الحصول على الإذن المسبق من المريض :

الأولى : أن يكون المرض الجراحي من الأمراض الوبائية التي تخشى انتشارها في المجتمع :

كأن يكون المريض مصاب بمرض معدٍ يهدد صحة أفراد الجماعة، وللجراح الحق في التدخل الجراحي دون إذن مسبق دفعاً للضرر عن عامة

= إذن صاحبها قال أبو محمد قال الله سبحانه وتعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الإثم والعدوان﴾ (سورة المائدة آية ٢)، وقال تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ماعتدى عليكم﴾ (سورة البقرة ١٩٤). فالواجب استعمال هذين النصين من كلام الله تعالى فينظر، فإن قامت بينه أو علم الحاكم أن تلك اليد لايرجى لها بروء ولاتوقف وأنها مهلكه ولابد ولا دواء لها إلا القطع فلاشئ على القاطع وقد أحسن لأنه داوء وقد أمر الرسول (ص) بالمداواة - المطبعة المنيرية بمصر سنة ١٣٥١هـ.

(١) أنظر المرجع السابق نفس الموضع.

الناس، لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، واستناداً إلى القاعدة الفقهية "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"(١)، وكذلك استناداً إلى القاعدة الفقهية "الضرر يزال"(٢).

الثانية : أن يكون المريض مهدداً بالموت أو تلف عضو من أعضاء جسده:

ففي هذه الحالة يجوز إجراء الجراحة بدون إذن المريض للضرورة، وحفاظاً على حياة المريض، ومن أمثلة ذلك : انفجار أو التهاب الزائدة الدودية(٣)، أو جراحات الحوادث التي لاتسمح باستئذان المريض المصاب حيث يكون المريض في حالة لايستطيع معها إبداء الموافقة، ويتعذر الاتصال بأقاربه، وقد جرت العادة في بعض المستشفيات أن توجد لجنة مكونة من عدد من الأطباء المختصين يتولون النظر في مثل هذه الحالات والحكم فيها بوجوب التدخل الجراحي الفوري، أو الانتظار حسب ماتقتضيه مصلحة المريض، فشهادة هؤلاء الأطباء من أهل الخبرة تعتبر مستنداً شرعياً ضد دعوى التهمة إذا وجهت إلى الجراح في حالة قيامه بالتدخل الجراحي في الحالات المستعجلة(٤).

وخلاصة القول : أن الجراح يتحمل المسئولية عن موافقةالمريض وإذنه بالجراحة، فإذا ما أخل بذلك كان مسئولاً عن كل ماينجم عن فعله من أضرار ولقد ذهب الفقهاء إلى القول بمسئولية الحجام، والخاتن حيث

---

(١) الأشباه والنظائر للشيخ زين العابدين إبراهيم ين نجيم الحنفي ص٨٧ طبعة ١٤٠٠هـ- دار الكتب العلمية - بيوت.

(٢) الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي المتوفي سنة ٩١١هـ ص٨٣ الطبعة الأولى بدار الكتب العلمية- بيروت سنة ١٤٠٣هـ- الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٥.

(٣) د/ راجى التكريتي، مرجع سابق، السلوك المهني للأطباء ص٢٥٦.

(٤) أنظر د/ محمد الشنقيطي، مرجع سابق، ص٢٤٤.

يعتمد كل منهم سراية القطع والجرح إذا أقدما على فعل الختان والحجامة بدون إذن المريض[١]، وهذا يدل على أن الجـراح يكون مـسـئـولا عن كل ماينتج عن فعل الجراحة من أضرار إذا أقدم على فعل الجراحة بدون إذن المريض.

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص٢٤٣ – الفتاوى الهندية ج٥ ص٣٥٧– المغني والشرح الكبير لابن قدامه ج٦ ص١٢١.

الفصل الثالث

أحكام الجراحة المحرمة
في القانون المدني والفقه الإسلامي

١٣٣- نتناول في هذا الفصل بيان ضوابط الجراحة المحرمة، ثم نعقب ذلك ببيان بعض صور الجراحات المحرمة في ضوء هذه الضوابط المقترحة مع بيان موقف المشرع والقضاء والفقه القانوني منها ثم بيان حكمها في الفقه الإسلامي وذلك في مبحثين على الوجه الآتي:

المبحث الأول

ضوابط الجراحات المحرمة

١٣٤- إن المشرع المصري أو الفرنسي، لم يتطرق لوضع ضوابط عامة ثابتة يمكن من خلالها معرفةالجراحات المحرمة من غيرها، الأمر الذي أوجد قصوراً تشريعياً في هذا المجال الخطر في القطاع الطبي، الذي ابتُلي بالعديد من القضايا التي تقوم على العلم المادي المجرد، والابتكارات التي يؤدي بعضها إلى العلاج بالمحرمات أو فعل الجراحات المحرمة، وكثيراً مايقوم الجراحين بإجراء التجارب لهذه الابتكارات على الإنسان دون التقيد بأية مبادئ أو ضوابط، وخاصة في ظل القصور التشريعي الذي لم يتدخل بوضع ضوابط محددة توضح لنا الجراحة المحرمة التي يجب ألا يجريها الجراح.

وفي ضوء هذا القصور التشريعي نأمل أن يتدخل المشرع لوضع ضوابط عامة في المجال الجراحي يوضح لنا الجراحات المحرمة دون

الحاجة إلى النص على بعض العمليات، ولذا اقترح بعض الضوابط في هذا المجال لعلها تكون مرشداً للمشرع عندما يتدخل لمعالجة هذا القصور التشريعي في مجال الطب الجراحي. وذلك على الوجه الآتي:

١٣٥- الضوابط العامة المقترحة لبيان العمليات الجراحية المحرمة:

من خلال مراجعة أحكام شريعتنا الغراء، وقواعد النظام العام أو الآداب وقواعد العدالة في المجتمع يمكن لنا أن نقترح الأخذ بضابطين في مجال الجراحة المحرمة، يجب أن يلتزم بهما الجراح عندما يتدخل جراحياً ليقرر ما إذا كانت الجراحة التي سيجريها لمريضه محرمة أي غير مشروعة أم مشروعة وهما:

١٣٦- أ- عدم مخالفة النص القانوني أو الشرعي:

فكل جراحة ورد بها نص من المشرع النظامي بتجريمها أو تحريم جنسها فإنها تكون غير مشروعة ولايجب على الجراح أن يجريها، وإلا وقع تحت طائلة المسئولية المدنية والجنائية، وطالما أن شريعتنا الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع المصري فيجب علينا أن نلتزم بأحكامها أيضاً، ولذا فأي نص شرعي سواء من الكتاب أو السنة ورد فيهما بتحريم الجراحة، فيجب على الجراح أن يلتزم بعدم إجرائها أيضاً، وإلا تحققت مسئوليته، حتى وإن أصبحت عرفاً بين الناس، لأنه يكون عرفاً طارئاً، والأعراف الطارئة لاتصلح لتخصيص النصوص النظامية أو الشرعية حتى ولو أخذت شكلاً عاماً لأنه لا اجتهاد مع النص ومصداقاً للقاعدة الفقهية الشرعية "لامساغ للاجتهاد في ورود النص"(١).

---

(١) قواعد الخادمي ص٣٢٩.

١٣٧- ب - إذا كانت الجراحة تحتوى على مضار محضة أو راجحة:

فإذا كانت العملية الجراحية من شأنها أن تحقق ضرراً محضاً أو راجحاً فإنها تكون غير مشروعة ويجب على الجراح ألا يجريها، وخاصة إذا كانت المفسدة والضرر راجحان على المنافع والمصالح، ففي هذه الحالة تكون الجراحة غير مشروعة وإذا قام بإجرائها الجراح كان مسئولاً تجاه المريض لأن علة إباحة الجراحة تنتفي، وتزول في هذه الحالة، ويزاولها يزول الحكم الذي من أجله شرع الحكم، وبالتالي شرعت الجراحة، ويبقى حكم تدخل الجراح لإجراء الجراحة لمعالجة المريض على أصله وهو عدم المشروعية، لأن الأصل هو حرمة المساس بالكيان الجسدي للإنسان لمعصوميته، ولأن الضرر لايزال بالضرر في هذه الحالة. فالضرر لايزال بضرر مثله، وبالتالي فكل جراحة أدت إلى ضرر أكبر أو مساو للضرر الذي ألّم بالمريض فإنها تكون غير مشروعة، ولايجوز للجراح إجرائها.

ويؤيد هذا الضابط ببعض القواعد الفقهية التي نصت عليها الشريعة في هذا الشأن ومنها "ماجاز لعذر بطل بزاوله"(١) فالعملية الجراحية أبيح إجرائها لعلاج المريض ودفع الضرر عنه، فإذا انتفت تلك المصلحة، وكان في إجرائها ضرراً محضاً أو راجحاً فإن السبب ينتفي، وبالتالي ترجع إلى الأصل وهو معصومية الجسد وبالتالي عدم مشروعية الجراحة.

وكذلك القاعدة الفقهية "المبني على الفاسد فاسد"(٢)، فإذا كانت المصلحة مبنية على الهوى والشهوة فإنها لاتعتبر موجبة للترخيص بالتدخل الجراحي، ولايتحقق بها شرط جوازها لعدم اعتبار الشرع لها،

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٥.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٩٢.

ومن ثم كان وجودها وعدمها على حد سواء. تلك هي الضوابط التي نأمل أن يضعها المشرع في الاعتبار عند تدخله لوضع النصوص التشريعية التي من شأنها أن تضع لنا الضوابط العامة لبيان ماهية الجراحة غير المشروعة.

المبحث الثاني

صور من الجراحات غير المشروعة
وبيان موقف القانون المدنى والفقه الإسلامي منها

١٣٨- نتناول في هذا المبحث بعض صور الجراحات التي أثير الخلاف حول مشروعيتها من عدمه، وبيان موقف المشرع والقضاء والفقه القانوني منها ثم تعقب ذلك بيان موقف الفقه الإسلامي من مشروعيتها، حيث نتناول من تلك الصور جراحة تغيير الجنس، ثم جراحة التجميل التحسينية، الجراحة التجريبية لعلاج المريض، وذلك في مطالب على الوجه الآتي :

المطلب الأول

حكم جراحة تغيير الجنس

١٣٩- سوف نوضح أولاً موقف الفقه والقضاء القانوني من هذه العملية ثم بيان موقف الفقه الإسلامي من تلك العملية في فرعين على الوجه الآتي:

الفرع الأول

حكم جراحة تغيير الجنس في القانون المدني[١]

١٤٠- لقد أثارت هذه الجراحة خلافاً كبيراً من حيث مشروعيتها وعدم مشروعيتها في الفقه والقضاء الفرنسي، حيث اتجهت المحاكم الفرنسية[٢]، ويؤيد الفقه التقليدي[٣] في بداية الأمر إلى رفض عملية تغيير الجنس، واعتبار التدخل الجراحي لتغيير جنس الشخص من ذكر إلى أنثى أو العكس عملاً غير مشروع ولذا نجد أن المحاكم الفرنسية بناء على ذلك كانت ترفض تعديل الحالة المدنية استناداً إلى هذا التحول.

ولكن أمام انتشار هذه الظاهرة، ومايترتب عليها من صعوبات قانونية نجد أن القضاء الفرنسي بعد ذلك قد شابه بعض المرونة، والتطور في أحكامه، فلم يقف جامداً أمامها بل اتجه في أحكامه إلى الاعتداد بحالة تغيير الجنس إذا كانت حالة الشخص حقيقية أي أن التغيير في الجنس قد حدث حقيقياً، ونتج عنه انتماء الشخص كلية إلى جنسه الجديد، ولايعدو أن يكون الأمر ليس سوى استجابة لإرادة طائشة من الشخص حيث يرفض القضاء في هذه الحالة تغيير الجنس بل يقف فقط عند حد تغيير الإسم الشخصي فقط[٤]، بعكس التغيير الحقيقي، أي التغيير المبني

---

(١) أنظر د/ علي حسين نجيده : في عرض مشكلة تغيير الجنس، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس طبعة ١٩٩٠م / ١٩٩١م ص٥١ ومابعدها. وأنظر د/ محسن البيه، مرجع سابق، ص٢٢٦ بند ١٣٢.

(٢) **Graxijon**, note sous : paris 18 janv. 1974. D. 1974, 1961- civ gr-inst seine 18 janv 1965 J.C.P. 1965-11-1412. D 1966 somme 14-Rlindon - A spects juridique du transsexualime. Rec. Gen. Lois 1956-545 Trib.

(٣) **L.Linossier** : "La transsexualisme, esquisse pour un profil culturel et juridique". D. 1981-139.

(٤) Trib. gr. inst. saint. etienne 28 mars 1980. D. 1981 p. 270.

على أسس علاجية، فإنه يرتب عليه آثاره القانونية من ناحية تغيير الإسم والجنس(١).

وقد ذهبت أحكام المحاكم الفرنسية إلى الحكم بتغيير الجنس إذا كان ذلك مبيناً على خطأ مادي عند الميلاد كأن يكون المولود ذكر فيقيد في شهادة الميلاد أنثى، فليس مايمنع من اكتشاف هذا الخطأ في البيانات بعد مدة من الميلاد وتصحيحه(٢).

وخلاصة القول : بالنسبة لهذا الاتجاه من القضاء والفقه التقليدي أن تغيير الجنس لايقره ولايرتب آثاره القانونيه نحو تغيير الحالة إلا في حالتين: **الأولى:** إذا كان التغيير في الجنس مبنياً على سبب علاجي، فهنا يحق للجراح أن يتدخل بالجراحة لتغيير الجنس، ويكون تدخله مشروعاً ومعترفاً به من قبل القضاء، وبالتالي يترتب على تغيير الجنس آثاره القانونية من ناحية تغيير الحالة المدنية سواء تعلقت بالإسم أو الجنس في شهادة الميلاد. أما إذا كان غير ذلك أي أن تدخل الجراح لتغيير الجنس لم يكن مبنياً على سبب علاجي، أو نتيجة لرغبة شخصية للشخص فإن تدخله يكون غير مشروعاً، ولايعتد به من ناحية تغيير الجنس بل يقتصر حكم المحاكم فقط على تغيير الإسم.

والحالة الأخرى التي يسمح بها القضاء بتغيير الجنس في شهادة الميلاد هي حالة الخطأ المادي عند الميلاد في شهادة الميلاد حيث يسمح

---

(١) Trib. gr. inst - saint. etienne 11 jull D.J. 1981. p. 270

حيث صدر الحكم بمناسبة قيام فتاة ولدت سنة ١٩٤١ بتغيير جنسها إلى ذكر عندما شعرت بانتمائها إلى الجنس الآخر حيث قرر الأطباء أن عملية التغيير حقيقية، وأن الفتاة بعد العملية الجراحية تزوج زواجاً مدنيا ثم أخذ شكله الديني في المغرب، وأجابتها المحكمة إلى طلب تغيير إسمها وجنسها في الأوراق الرسمية.

(٢) Paris 8 janv. 1974 D. 1974-196-Concl. Gronjon.

Paris 8 dec 1968- D.1968-289. J.C.P. 1968-11-15518 note p.11..

القضاء بتصحيح الخطأ الذي وقع في شهادة الميلاد.

١٤١- ومع ذلك فهناك **اتجاه حديث في القضاء الفرنسي** اتجه إلى قبول مشروعية عملية تغيير الجنس بواسطة الجراح في حالتين:

الأولى : إذا كان الشخص في حالة نفسية وعصبية قد تدفعه إلى الانتحار، مالم يتم التغيير، لأن آداب وأخلاقيات مهنة الطب تستدعي التدخل لإنقاذه وهو مايطلق عليه تغيير الجنس المبني على الحالة النفسية أي الاعتداد بالجنس النفسي(١) حيث رتب القضاء(٢) الأثر القانوني للتغيير المبني على العلاج النفسي اتجاها إلى التوسع في أسباب تغيير الجنس حيث اعترف بالتغيير المبني على الحالة النفسية أي الجنس النفسي، حيث يفشل الطب النفسي في العلاج فهنا يكون التدخل الجراحي لتغيير الجنس من باب العلاج لتلك الحالة النفسية. ولذا نجد أن هذا الاتجاه الجديد قد اهتم بفكرة الجنس النفسي الاجتماعي، بالإضافة إلى الجنس العضوي(٣).

الثانية : إذا كان لدى الشخص تغيير داخلي غير ظاهر للجنس، فهنا يكون التدخل الجراحي من أجل علاج هذا التناقض بين الحالة الظاهرة الكاذبة والحالة الداخلية الحقيقية(٤) أي أن التدخل الجراحي لتغيير

---

(١) Trib. gr inst 1977 Gaz. Pal 1977-2-577.
Toulouse 11 oct. 1978. D. 1980-i-R324.
حيث صدر الحكم من محكمة ديجون، ومحكمة تولوز، ووافقتا في حكمهما على تغيير جنس شابان في الحكم الأول يدعي (انتوان Antone)، في الثاني الشاب يدعى (كريستيان Christian)، فتما يتغير جنسيهما إلى أنثى بناء على تدخل جراحي، حيث أشارت المحكمتان في تبرير الحكمين إلى أن الجنس النفسي وهو شعورهما بالانتماء إلى الجنس الآخر، وأشارتا كذلك إلى أن التحول في هذه الحالة لم يكن إرادياً بل كان نتيجة لتطور طبيعي، وأن التدخل الجراحي إنما يكون بغرض علاجي.

(٢) أنظر الحكمين السابقين لمحكمة ديجون، محكمة تولوز الفرنسيتان في نفس الموضع.

(٣) J.Carbonnier Ecssoi sur le lois. Rep. Defrénois 1979. p. 241.et s.

(٤) PENNEAU. note sous : civ 16 déc 1975 J.C.P. 1976,11, 1850.1.

الجنس إنما يكون مبنياً على حقيقة وهو ما أشرنا إليه سابقاً في تطور اتجاه القضاء[١].

١٤٢- أما بالنسبة لموقف القضاء المصري:

أثيرت هذه المسألة في مصر عام ١٩٨٨م بسبب قيام أحد الطلاب بكلية طب الأزهر بتغيير جنسه من ذكر إلى أنثى بسبب التدخل الجراحي وتسمى باسم "سالي"، حيث أخذ يتشبه بالنساء في سلوكهم، وأمام ذلك قامت الجامعة بفصله لمدة شهرين - وذلك قبل إجراء الجراحة- مع إعطائه فرصة لمراجعة وضعه، إلا أن الطالب قام بإجراء عملية جراحية، وقام بتغيير جنسه إلى أنثى في إحدى المستشفيات الخاصة، وقد شكلت لجنة لفحص حالته[٢] وانتهت إلى أن التغيير لم يكن بسبب علاجي، وإنما كان مبنياً على سبب إرادي فقط حيث أن الطالب كان ذكراً كامل الذكورة ومكتمل النمو، وانتهت إلى أن الطالب المذكور أصبح ذكراً فاقداً لأعضائه التناسلية الخارجية، وبناء عليه أحيل الطالب إلى مجلس التأديب بتاريخ ١٣/٤/١٩٨٨. وقرر المجلس فصل الطالب لأن "العملية الجراحية لم يكن لها موجب طبي، وتخالف أصول المهنة وتعاليم الدين الإسلامي أو الأعراف السائدة والأخلاقيات الراسخة في المجتمعات الشرقية الإسلامية".

ولكن طعن الطالب في قرار الفصل أمام محكمة القضاء الإداري في ١٤/١١/١٩٨٩م وطالب بوقف تنفيذ القرار وإلغائه، ولكن لم تجيبه المحكمة إلى طلبه، ورفضت وقف تنفيذ القرار استناداً إلى أن الطالب كان مكتمل الذكورة، وأن التغيير لم يكن له دواع طبية عضوية على الإطلاق[٣].

---

(١) أنظر في هذا البحث بند ١٣٦.

(٢) شكلت اللجنة من تسعة أعضاء من أساتذة كلية الطب بالجامعة برئاسة رئيس جمعية العلوم الطبية الشرعية، ومستشار الطب الشرعي، ووكيل وزارة العدل لشئون الطب الشرعي سابقاً.

(٣) أنظر حكم محكمة القضاء الإداري - دائرة منازعات الأفراد والهيئات، دعوى رقم ٥٤٣٢ لسنة ٤٢ق (غير منشور) ومشار إليه لدى د/ علي حسين نجيده، مرجع سابق، ص٨٢.

ومما سبق نجد أن حكم محكمة القضاء الإداري يسير مع اتجاه القضاء الفرنسي التقليدي السابق على قضاء محكمة تولوز وديجون في ضرورة الأخذ في التغيير الجنسي بالاعتبار العلاجي للجراحة، ورفضت حكم محكمة القضاء الإداري المصري التعويل على الجنس النفسي مطلقاً.

١٤٣- ولكن هناك اتجاه لدى البعض من الأطباء المصريين من ضرورة التحويل على فكرة الجنس النفسي بالمعنى الذي أخذت به محكمتي تولوز وديجون، حيث صدرت شهادتين من أخصائي للأمراض النفسية في موضوع طالب الطب بجامعة الأزهر المشار إليها سابقاً تفيد بأنه أنثى من الناحية النفسية، وغير صالح لحياة الذكورة (شهادة صادرة بتاريخ ١٩٨٧/٧/٢٨م، وشهادة أخرى من نفس الطبيب صادرة في ١٩٨٨/٧/١٦ بعد إجرائه الجراحة تفيد "أنه بالكشف الطبي النفسي على المدعو بعد إجراء التحويل الجراحي من أن حالته النفسية مستقرة تماماً، وأنه سعيد بحياة الأنوثة التي تتماشى أساساً مع هويته الجنسية النفسية".

وقد قدم الطب الشرعي تقريراً(١) جاء فيه "أن الطالب المدعي كان ذكراً كامل الذكورة من الناحية العضوية، ولكنه كان يعاني من حالة نفسية وهو تحول جنسي نفسي (اضطراب في الهوية الجنسية)، وعولج نفسياً بالأدوية... ولم يتم شفاؤه من ذلك، وأنه من المعروف علمياً أن العلاج النفسي لهذه الحالة المرضية عادة لايجدى بعد سن البلوغ، وأن التدخل الجراحي التحويلي هو الحل الأوحد في مثل هذه الحالة المرضية النفسية.

هذا وقد استند الجراح الذي أجرى الجراحة إلى هذه التقارير في تبرئته أمام النيابة العامة التي اعتدت بدورها بتلك التقارير في مذكرتها

(١) أنظر تقرير الطب الشرعي رقم ٤٧٧ طب شرعي الجيزة سنة ١٩٨٨م.

حيث استبعدت عن الجراح شبهة الجناية. وقيدت الواقعة برقم إداري حيث حفظتها النيابة بعد اعتماد النائب العام.

وترتب على قرار النيابة إلغاء قرار هيئة التأديب الابتدائية[١] الذي نص على معاقبة الجراح بإسقاط عضويته من النقابة، وتوقيع غرامة مائتي جنيه على طبيب التخدير[٢].

ومما سبق نجد أن هناك اتجاه آخر في القضاء المصري يجري الاعتداد بالتغيير الجنسي النفسي بالإضافة إلى التغيير الجنسي الطبي أي العضوى.

ونظراً لأن واقعة تغيير الجنس في مصر لم تحدث إلا حديثاً وليست سائدة في المجتمع المصري فليس للفقه المصري موقفاً منها.

الفرع الثاني

حكم التدخل الجراحي لتغيير الجنس في الفقه الإسلامي

١٤٤- إن الشريعة الإسلامية تحرم تغيير الجنس الذي يكون مبنياً على الإرادة أي نتيجة رغبة شخصية بحته دون أن يكون هناك أي سبب علاجي أو أن يكون التغيير حقيقياً فلا يوجد أي شك في أن مثل هذه العمليات هي ضرب من التطاول على مشئة الله سبحانه وتعالى بتحديد جنس المخلوق. ولأن مثل هذا التغيير الإرادي إنما يكون على وجه العبث وذلك لقوله تعالى

---

(١) قرار مجلس تأديب الأطباء البشريين رقم ٣ لسنة ١٩٨٨م.

(٢) محكمة استئناف القاهرة "مجلس تأديب الأطباء البشريين" الدعوين رقم ٤،٣ لسنة ١٩٨٩ في جلسة ١٩٨٩/١٢/٧م ومشار إليه لدى د/علي حسن نجيده ص٨٣،

﴿ولآمرنهم فليبتكن ءاذان الأنعام ولآمرنهم فليغيرن خلق الله﴾(١).

ووجه الدلالة من الآية أنها تضمنت حرمة تغيير خلق الله على وجه العبث، وهذا النوع من الجراحة فيه تغيير للخلقه على وجه العبث.

١٤٥- أيضاً ثبت حرمة تغيير الجنس المبني على الإرادة المحضة دون السبب العلاجي التي يترتب عليه التغيير الحقيقي، لأن مثل هذا العمل إنما يكون تشبه بالجنس الآخر الذي يرغب التحول إليه وهو أمر ملعون به صاحبه حيث روي صحيح البخاري عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه قال «لعن رسول الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال»(٢).

ووجه الدلالة : أن الحديث أفاد حرمة تشبه الرجال بالنساء والعكس- وهذا النوع من الجراحة وهو تغيير الجنس سبب يتوصل به لتحصيل هذا الفعل المحرم فكانت الجراحة محرمة وغير مشروعة.

ونشير في معرض الدلالة على حرمة تغيير الجنسي الذي لايكون له سبب طبي أي لايكون تغييراً حقيقياً أي عضوياً إلى قول الإمام القرطبي - "لايختلف فقهاء الحجاز، وفقهاء الكوفيين أن خصاء بني آدم لايحل، ولايجوز لأنه مثله"(٣).

وإذا كان التحريم يتعلق هنا بالخصاء الذي هو أدنى من التغيير الكامل، بلاشك أن تغيير الجنس الكامل أولى بالتحريم.

---

(١) سورة النساء (٤) آية ١١٩.

(٢) صحيح البخاري ج٤ ص٣٨.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للإمام عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، ج٥ ص٣٩١- دار الكتب المصرية/ القاهرة سنة ١٣٥٦هـ.

المطلب الثاني

حكم جراحة التجميل التحسينية
في القانون المدنى والفقه الإسلامي

١٤٦- نتناول في هذا المطلب بيان حكم جراحة التجميل التحسينية أي مدى مشروعيتها مع بيان موقف القضاء والفقه منها من الناحية القانونية وبيان مدى مشروعيتها في الفقه الإسلامي وذلك في فرعين على الوجه الآتي :

الفرع الأول

حكم جراحة التجميل التحسينية
في القانون المدنى

١٤٧- تمهيد :

يجب قبل أن نوضح موقف القضاء والفقه المدنى من مشروعية جراحة التجميل التحسينية، أن نلقي الضوء على أنواع جراحات التجميل وفقاً للمفاهيم الطبية، حيث يختلف حكم كل نوع عن الآخر سواء في القانون أو الفقه وذلك على الوجه الآتي:

١٤٨- أنواع جراحات التجميل :

عرف البعض جراحة التجميل بأنها "جراحة تجرى لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة، أو وظيفته إذا ماطرأ عليه نقص أو تلف أو تشوه"(١).

---

(١) أنظر في هذا التعريف "الموسوعة الطبية الحديثة" لمجموعة من الأطباء ج٣ ص٤٥٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٧٠ لجنة النشر العلمي بوزارة التعليم العالي بمصر.

ومن التعريف السابق نجد أن جراحة التجميل تنقسم إلى نوعين:

الفرع الأول : يرجع إلى عيوب خلقية :

أي إما أنها وجدت مع الشخص عند ولادته ومثالها[١] الشق في الشفة العليا، أو التصاق أصابع اليدين والرجلين، أو انسداد فتحة الشرج أو شذوذ الحالب الخلقي.

وإما أنها عيوب ناشئة من الآفات المرضية التي تصيب الإنسان ومن أمثلتها[٢] :

عيوب صيوان الأذن الناشئة من الزهري أو الجزام، أو انحسار اللثة بسبب الالتهابات المختلفة أو عدم استواء الأسنان بسبب التنفس من الأنف أو أورام الحويصلة والحالب السليم.

والثاني : يرجع إلى عيوب مكتسبة طارئة :

وهي التي ترجع إلى سبب ناشئ من خارج الجسم، ومن أمثلتها: العيوب والتشوهات الناشئة من الحوادث والحروق، أو تشوه الجلد بسبب الآلات القاطعة أو كسور الوجه الشديدة التي تقع بسبب حوادث السيارات أو التصاق أصابع الكف بسبب الحروق.

---

(١) أنظر في هذه الأمثلة : الموسوعة الطبية الحديثة ج٣ ص٤٥٤- د/ ماجد طهبوب، جراحة التجميل من بحوث ندوة الرؤية الإسلامية، ثبت الندوة ص٤٢٠- د/ رياض جودت، الجراحة البولية والجراحة التناسلية عند الذكور ص٥٦.

(٢) أنظر في هذه الأمثلة : محمد رفعت "العمليات الجراحية وجراحة التجميل"، اشترك في تأليفه عدد من أساتذة الطب في مصر ص١٤٥ الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٥هـ- دار المعرفة للطباعة والنشر- بيوت د/ رياض جودت، مرجع سابق ص٦٢.

١٤٩- حكم هذا النوع :

وهذا النوع من الجراحة الطبية، وإن كان مسماه يدل على تعلقه بالتحسين والتجميل إلا أنه توافرت فيه الدوافع الموجبة للترخيص بفعله، لأن الإنسان يضار بها حسياً ونفسياً، ولذا فإن إجراء جراحات التجميل بمثل هذا النوع لإزالة تلك الأضرار نرى أنها مشروعة ومباحة ولايتحمل جراح التجميل تجاهها المسئولية المدنية أو الجنائية إلا إذا كان الأمر يتعلق بخطأ فني أوعدم حصوله على رضا المريض ولذا فإن تدخل جراح التجميل لإجرائها يكون عملاً مباحاً، كما يجوز فعل غيره من أنواع الجراحات المشروعة بجامع وجود الحاجة العلاجية في كلٍ، وللأسباب الآتية من وجهة نظرنا :

أ- إن هذا النوع من الجراحة وجدت فيه الحاجة الموجبة للتغيير فكانت مشروعه على سبيل الاستثناء.

ب- إن هذا النوع من الجراحات لايشتمل على تغيير الخِلقَه قصداً، لأن الأصل فيه، أنه يقصد منه إزالة الضرر، والتجميل والحسن جاء تبعاً(١).

جـ- إن إزالة التشوهات، والعيوب الطارئة لايصدق عليه أنه تغيير الله، وذلك لأن خلقة العضو هي المقصودة من فعل الجراحة، وليس المقصود إزالتها، وبالتالي فإن مثل هذا النوع من الجراحات التجميلية يكون في نفس مستوى الجراحة العادية، ويحكم بذات قواعدها(٢).

---

(١) أنظر في تأييد ذلك د/ محمد الشنقيطي، مرجع سابق، ص١٧٧.

(٢) PENNEAU (J) : La responsibilitié médicale N 53. p.66 éd siry 1977.

د/ وديع فرج، مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد س١٢ القسم الأول ص٤٣٦.

النوع الثاني :

جراحات التجميل الاختيارية أو التحسينية :

وهي التي يقصد منها جراحة تحسين المظهر، وتجديد الشباب، حيث تنقسم إلى قسمين :

الأول : عمليات الشكل[١] مثل تجميل الأنف بتصغيره، تجميل الذقن، وتجميل الثديين بتصغيرهما أو تكبيرهما، أو تجميل الأذن بردها إلى الوراء، إذا كانت متقدمة أو تجميل البطن.

الثاني : عمليات التشبيب[٢] مثل تجميل الوجه بشد تجاعيده، تجميل الأرداف، تجميل الحواجب، تجميل الساعد.

وهذا النوع من الجراحات هو الذي نقصده في دراستنا لبيان حكمه حيث لايوجد خلافاً حول مشروعية النوع الأول من الجراحات التجميلية التي تكون للضرورة. أما حكم هذا النوع أي بيان مدى مشروعية تدخل جراح التجميل لإجرائها، ومدى تحقق مسئوليته تجاهها، فنجد أن القضاء والفقه قد اتخذ تجاهها مواقف متباينة من مشروعيتها على الوجه الآتي:

أولاً : موقف القضاء والفقه الفرنسي :

إن جراحة التجميل التحسينية قد مرت بتطورات مهمة، حيث اتخذ القضاء الفرنسي في بداية الأمر موقفاً عدائياً منها، حيث اعتبر مجرد الأقدام علي جراحة لايقصد منها إلا تحسين أو تجميل الشخص يعد خطأ في ذاته

(١) "الموسوعة الطبية الحديثة" لمجموعة الأطباء ج٣ ص٤٥٥.

(٢) أنظر د/ حسن القزويني، فن جراحة التجميل ص٧٢، ٧٨، ٩٠، ٩٢ شركة مونمارتز للطبع والنشر بباريس- د/ فايز طربيه، جراحة التجميل، ص١١، ٢٣، ٣٨.

يتحمل بسببه الجراح كل الأضرار التي تنشأ عن الجراحة حتى ولو أجرى العملية طبقاً لقواعد العلم والفن الصحيحين، لأنها لاتجد لها مبرراً مقبولاً من ضرورة علاجية، ولاتهدف إلى شفاء مريض، فلايوجد مايبرر ماتجلبه من مخاطر ولو كانت طفيفة(١).

ويتفق هذا الموقف من القضاء مع موقف جانب من الفقه يرى أن تدخل الجراح لإجراء العمليات التجميلية التحسينية، إنما هو غير مشروع، ويجب عليه ألا يقوم بالعملية التجميلية التحسينية، إلا إذا كان متأكد من فاعليتها في إزالة التشوية الذي يدعي علاجه(٢). أي أن هذا الجانب من الفقه جعل طبيعة التزام جراح التجميل في العمليات التجميلية التحسينية أقرب ماتكون إلى الالتزام نتيجة منه إلى الالتزام ببذل عناية، وهو ماسنوضحه فيما بعد عندما نوضح موقف الفقه والقضاء من طبيعة التزام جراح التجميل(٣).

ولكن احتجت الأوساط الطبية على موقف القضاء الفرنسي السابق المتشدد من مسئولية جراح التجميل الذي يتدخل لإجراء العمليات التجميلية التحسينية، وتحميله المسئولية حتى ولو تمت الجراحة وفقاً للأصول الطبية على أساس أن الجراحة لاتمارس بغرض علاجي –حيث رأت الأوساط الطبية أنه لاداعي لهذا التشدد لأنه يرون أن الجراحات التجميلية التحسينية إنما هي

---

(١) أنظر في بحثنا ضوابط العمليات الجراحية المشروعة المتعلقة بالعملية الجراحية ص٥٤ ومابعدها بند ٧٢ ومابعده.

Paris 22 janv 1919, Dalloz, p. 1919, 2, 73 note Denissee, S, 1918, 2, 97 note perreau, sar pourvoi - civ 29 nov 1920 Dalloz. 1924,1,103- Lyon 27 juill 1913 G.P. 1913,2,506-Civ seine 25 févr 1929 GP-1929, 10424- Paris 20 juin 1960 GP. 1960, 2,169- Pairs 21 déc 1968, GP. 1969, 1, somme

(٢) R.Savatier. J. Cl Responsibilité Civil. Fasc XXX 6, no 75 et 76.

(٣) أنظر في هذا البحث ص١٧٣ ومابعدها بند ١٥٠.

أيضاً وسيلة للعلاج النفسي للأشخاص كما أنها تفتح أمامهم آفاق العمل في المجتمع، علاوة على أنه لاتوجد نصوص قانونية تمنع من العمليات بذاتها(١).

وأمام هذا الاحتجاج نجد أن القضاء الفرنسي قد خفف من هذا التشدد حيث قضت محكمة استئناف باريس عند نظرها للحكم الصادر من محكمة باريس الابتدائية(٢) بأنه لايجوز خلق افتراض خطأ لم ينص عليه المشرع، ولذلك يجب أن يخضع هذا النوع من الجراحة للقواعد العامة، بشرط أن ينبه الجراح الشخص الذي يرغب في إجراء عملية التجميل التحسينية إلى جميع المخاطر بما فيها المخاطر المتوقعة وغير المتوقعة والنادرة الحدوث، ويحصل منه على قبول صريح يفيد عمله بذلك(٣).

ومما سبق نجد أن محكمة استئناف باريس، عدلت حكم محكمة باريس الابتدائية من حيث المبدأ فقط، ولكنها أيدته لأسباب أخرى فيما يتعلق بالتعويض، ومن ثم نجد أن القضاء يتشدد بالنسبة للعمليات التجميلية التحسينية من حيث تحديد طبيعة الالتزام الطبي من جهة جراح التجميل وفي التزامه بضرورة إعلام الشخص بكافة المخاطر المتوقعة وغير المتوقعة والنادرة الحدوث والتي لايلتزم بها في إعلام المريض في الجراحات العادية الأخرى، وكذا الحصول على رضائه الصريح بما يفيد علمه من جهة أخرى **وعلة هذا التشدد:** تكمن في أن العملية التجميلية التحسينية لاتجرى بغرض علاجي، ومن ثم يجب أن تتناسب الأضرار والمخاطر المحتملة المترتبة عليها مع الهدف

---

(١) أنظر عبد الوهاب جومد، المسئولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت السنة الخامسة، العدد الثاني يونيه سنة١٩٨١ ص١٣٣ خاصة ص١٩٣.

(٢) Trib. Civ seine 25 févr 1929, G.P. 1929,1, 424.

(٣) Paris 12 mars 1931, s, 1931,2,129, note perreau. Dalloz-p. 1931,2, 141, note loup.

الكمالي التحسيني المرجو منها[١]، علاوة على أنها تجري في ظروف عادية لاتلحقها الضرورة الأمر الذي يجب على الجراح أن يبصر المريض بالأضرار المحتملة وغير المحتملة بالنسبة للعملية، لأن المريض في حالة تامة من اليقظة[٢].

ولكن مع هذا التشدد من القضاء والفقه ماهو موقفهما من طبيعة التزام جراح التجميل وماهي أوجه تشدد القضاء في إعلام جراح التجميل للشخص محل العملية التجميلية التحسينية؟ هذا ماسنوضحه فيما يلي:

١٥٠- أولاً طبيعة التزام جراح التجميل بالنسبة للعمليات التجميلية التحسينية:

لقد اختلف الفقه في بيان طبيعة التزام جراح التجميل، وخاصة في العمليات التجميلية التحسينية، حيث ذهب جانب من الفقه[٣] إلى القول: بأن التزام جراح التجميل في العمليات التحسينية إنما هو التزام بتحقيق نتيجة.

وقد برر أصحاب هذا الرأي تلك النتيجة بأن العمليات التجميلية التحسينية ليس القصد منها علاجي، ولكن مجرد الظهور بمظهر حسن، ولذا فيجب أن تتمثل في أعمال فنية محددة، تكاد تتلاشى معها احتمالات الفشل، وإلا فيجب على جراح التجميل الامتناع عن القيام بها، ولقد أوجد أصحاب هذا الاتجاه قرينه على خطأ الجراح بحيث يسأل جراح التجميل عند فشل العملية، مالم ينف علاقة السببية بين فعله والضرر الحادث لأن عنصر الاحتمال يختفي في مثل هذه الجراحات[٤].

---

(١) د/محسن البيه، مرجع سابق، ص٢١١.

(٢) د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٧٣- د/ محسن البيه، مرجع سابق، ص٢١١.

(٣) SAVATIER : Traité de la responsabilité 2e éd T.2.1951 No. 770. p.391.

(٤) PENNEAU : La rsponsabilité médicale, éd sirg. 1977. No. 30. p.36 "....La critére lui même marque les lèmites du principe. Dans tous les cas oú l'alée est obsetn, l'obligation devient de résultat".

إلا أن الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء يرى أن التزام جراح التجميل في الجراحات التحسينية إنما هو التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة لأنه يتكون عقد بين الجراح والشخص محل الجراحة يلتزم الجراح بمقتضاه ببذل العناية والاهتمام التي تقتضيهما ظروف الجراحة، وأن تتم وفقاً للأصول العملية الثابتة(١)، علاوة على أن جراحة التجميل التحسينية تتضمن أيضاً عنصر الاحتمال لأن رد فعل الجسم الإنساني من الأمور التي لايمكن توقعها(٢).

ولكن القضاء الفرنسي يظهر التشدد في تقديره لخطأ جراح التجميل في الجراحات التحسينية، لأن النتيجة فقط هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل، وخاصة أن الجراحة ليس هدفها العلاج، وإذا ماقامت مخاطر حادة للفشل، ولم يتم تحذير المريض منها، فيجب على جراح التجميل عدم القيام بالعملية إلا إذا كان متأكداً من تجاهها، لأن الأمر ليس على درجة من الحيوية التي ترتبط بها حياة المريض وصحته(٣).

حيث أدان القضاء جراح التجميل رغم ثبوت قيامه بالجهود، واليقظة اللازمين لأنه لم يقدم مايبرر فشل العملية، عكس ماهو متوقع، ومايحدث عادة في مثل هذا النوع من العمليات(٤)، ولذا يجب أن يكون جراح التجميل على درجة كبيرة من التخصص.

---

(١) Paris 21 dec 1968 G.P. 1969-1-17- Civ. 11 jan 1966 Dalloz 1966-266.
Ph le tourneau, la chirurige esthétique, la vie jud, 12-18-1972.

(٢) Lyon 8 janv- 1981, J.C.P. 1981, 19699 note CHABAS.

(٣) د/ محسن البيه، مرجع سابق ص٢١٣.

(٤) Paris 7 nov 1972-11-juin 1974, 1, bid.

١٥١- ثانياً : أوجه التشدد في إعلام المريض :

إن هذا الالتزام عام بالنسبة لكل الجراحات، ولكن القضاء كان أكثر تشدداً بالنسبة لجراحات التجميل التحسينية. فالقاعدة العامة: أن الجراح لايلتزم بإعلام المريض بالأخطار النادة الوقوع، إلا أن القضاء بصدد العمليات التجميلية التحسينية تشدد في ذلك واستقر على ضرورة قيام جراح التجميل بإعلام المريض بكل شئ فعليه أن يوجه نظر المريض إلى كافة المخاطر سواء كانت هامة أم ثانوية أو نادرة الحدوث[١]، كما يجب أن يكون مضمون هذا الإعلام ثابتاً : بشكل صريح يتضمن موافقة المريض الصريحة[٢]

ويقيم القضاء الفرنسي قرينه لصالح الأطباء مقتضاها أنهم قد قاموا بهذا الالتزام في إعلام المريض بكل احتمالات الجراحة المتوقعة وغير المتوقعة ونادرة الحدوث، وعلى المريض إثبات أنه لم يتم إعلامه بأبعاد العملية ومخاطرها[٣].

---

(١) Civ. 22 sop 1982. J.C.P. 1981-2384- civ. 17 nov. 1969. G.P. 1970, 1,49.

وقضت تطبيقاً لذلك محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٩٣١/٣/١٢ بأنه "إذا لم يكن الغرض من العملية الجراحية شفاء المريض من علة بل مجرد إصلاح تشويه في جسمه. وجب على الجراح استعمال منتهى الحيطة واليقظة في الفحص قبل إجراء العملية، وتقدير المخاطر التي قد يتعرض لها من العملية التي ستعمل له، وبإعطاؤه صورة صحيحة كاملة عن تلك المخاطر وإلا كان مسئولاً.

(٢) أنظر عبد الوهاب حوجد، مرجع سابق، ص١٥٤، ١٩٥.

(٣) Civ 29 main 1951. Dalloz. 1952-53 note SAVATIER- civ 1,11, jan 1966 Dalloz 1966-266.

أنظر في عرض ذلك د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٧٧.

هذا هو موقف القضاء والفقه الفرنسي من مشروعية جراحات التجميل التحسينية ومدى مسئولية جراح التجميل تجاهها.

١٥٢- ب - موقف القضاء المصري من مشروعية عمليات التجميل التحسينية :

يمكن استخلاص موقف القضاء المصري من حكم محكمة النقض[(١)] الصادر في ١٩٦٩/٦/٢٦م حيث وضحت فيه طبيعة التزام الطبيب والجراح حيث تطلبت المحكمة عناية أكثر بالنسبة لجراح التجميل تفوق مايطب من الجراح العادي، كما أنها أقامت قرينه بسيطة لصالح الشخص الذي أجريت له جراحة التجميل من شأنها تخفيف عبء الإثبات عنه وذلك بقولها "أن مسئولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسئولية عقدية، والطبيب وإن كان لايلتزم بمقتضي العقد الذي ينعقد بينه وبين المريض بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لايقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول... وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لايضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، اعتباراً بأن جراحة التجميل لايقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشويه لايعرض حياته لأي خطر.

---

(١) نقض مدني مصري ٢٦ يوليو ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية س٢، رقم ١٦٦ ص١٠٧٥.

ومما سبق نجد أن محكمة النقض لم تخالف رأي جمهور الفقه أو القضاء الفرنسي في تحديد طبيعة التزام جراح التجميل على أنه التزام ببذل عناية، ولكنها تشددت في درجة العناية المطلوبة من العناية في الجراحات الأخرى.

وقد أقامت المحكمة أيضاً قرينه بسيطة لصالح الشخص الذي أجريت له جراحة التجميل وذلك رغبة منها في التخفيف عنه في عبء الإثبات ونقله إلى جراح التجميل في الجراحات التحسينية وذلك بقولها في نفس الحكم المذكور "بأنه وإن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزام ببذل عناية خاصة، إن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجع إهمال الطبيب (جراح التجميل) كما **إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقاً للأصول المستقرة ، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينه قضائية على عدم تنفيذ الطبيب (جراح التجميل) لالتزامه فنقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب (جراح التجميل)**، ويتعين عليه لكي يدرأ المسئولية عن نفسه أن يثبت حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه الإهمال".

وواضح من الحكم السابق أن محكمة النقض المصرية تكاد تميل إلى القول بأن التزام جراح التجميل ماهو إلا التزام بتحقيق نتيجة، وذلك واضح من خلال تشددها في درجة العناية المطلوبة من جراح التجميل، وكذا من خلال إقامتها قرينه بسيطة لصالح الشخص محل الجراحة التجميلية، فيكفي أن يثبت أن الجراحة لم تنفذ وفقاً للأصول العلمية، أو أن يثبت مايرجع إهمال جراح

التجميل، وهذا يكون واضحاً في حالة عدم نجاح جراحة التجميل وعدم تحقيقها النتيجة المرجوه، وكل ذلك في ضوء العناية غير العادية والفائقة المطلوبة من جراح التجميل أمر يسير على الشخص محل الجراحة، حتى ينتقل بمقتضى ذلك عبء الإثبات من الشخص إلى جراح التجميل على اعتبار أن المحكمة أكثر ميلاً إلى القول التزامه بتحقيق نتيجة، وبالتالي عليه إثبات السبب الأجنبي لعدم نجاح الجراحة حتى لايواجه بالمسئولية تجاه الشخص الذي أجريت له جراحة التجميل التحسينية.

ذلك هو موقف الفقه والقضاء الفرنسي، والقضاء المصري من مشروعية جراحات التجميل التحسينية. فهل هذا الموقف يتفق وأحكام الفقه الإسلامي من مشروعية جراحات التجميل التحسينية؟ هذا ماسنوضحه في الفرع التالي.

الفرع الثاني

حكم جراحة التجميل التحسينية في الفقه الإسلامي

١٥٣- تمهيد

ذكرنا سابقاً أن جراحات التجميل إنما تنقسم إلى قسمين:

الأول: جراحات التجميل الحاجيه[1] :

وهى التى يجريها جراح التجميل لتحسين وظيفة الجسم إذا ماطرأ عليه نقص أو تلف أو تشوه أى جراحات التجميل الضرورية وهى مشروعة

(١) انظر فى هذا البحث حكم جراحات التجميل الضرورية ص ١٦٨ بند ١٤٩.

فى الفقه الاسلامى لأنها لغرض علاجى، علاوة على أن مثل هذا النوع من الجراحات لايشتمل على تغيير خلقه الله قصداً.

أما القسم الثانى: جراحات التجميل التحسنينية :

وهي التى لاتتم بغرض علاجى، إنما يقصد تغيير خلقه الله سبحانه وتعالى والتى وقف منها القضاء والفقه القانونى موقفا مستشدداً فى البدايه ثم مالبثا أن عدلا عن موقفهما وأباحاها بشروط معينه كضرورة الاعلام الكامل للشخص مع الموافقة الصريحه وأخضعها للأحكام العامه فى المسئولية، الأمر الذى يستلزم معه أن توضح ما إذا كان موقف القضاء والفقه القانونى هذا يتفق مع حكم الفقه الأسلامى فى جراحات التجميل التحسينيه من عدمه، وذلك من خلال استعراض رأى الفقه الإسلامى فى هذه الجراحات على الوجه الآتى:

١٥٤ - موقف الفقه الإسلامى من جراحات التجميل التحسينية :

ان مثل هذا النوع من الجراحة لايشتمل على دوافع ضرورية، ولاحاجيه، ولاتعالج عيباً فى الإنسان يؤذيه ويؤلمه، وإنما لأشباع رغبة غرور تعتزيه بأن تكون لتطلعه لفتره ثانيه من الشباب بعد تقدمه فى السن. ومثل هذا النوع من العمليات الجراميه غير مشروع لأنها من فعل الشيطان لقولة تعالي **﴿لَعنَهُ اللَّهُ وقال لأتَّخِذَنَّ من عبادك نصيبا مفروضا، ولأضلنَّهُم ولأمَنّينَّهُم ولآمرنَّهم فَلَيُبتِّكُنَّ آذان الأنعَام ولآمُرَنَّهُم فَلَيُغيِّرُنَّ خَلقَ الله ومن يتخذ الشيطانَ وَلِياً مِّنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسرَاناً مُبِينًا﴾**[1].

---

(١) سورة النساء (٤) أيه رقم ١١٨، ١١٩.

ووجه الدلاله:

ان هذه لآيه وارده فى فى سياق الذم وبيان المحرمات التى يسول الشيطان فعلها للعصاة من بنى آدم ومنها تغيير خلق الله بالزياده أو النقصان، وهو حرام بنص الكتاب لأنه من فعل الشيطان، وعمليات التجميل التحسينيه تشتمل على تغيير خلق الله، والعبث فيها حسب الأهواء والرغبات والرغبات وهى داخله فى المذموم شرعاً(١).

- **ومن أدلة عدم المشروعته أيضا:** مارواه البخارى بسنده إلى إبراهيم عن علقمه عن عبدالله لقوله النبى ﴿ﷺ﴾ «لعن الله الواشمات، والمستوشمات، والواصلات، والمستوصلات والناقصات، والمنتمصات، والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله...» (٢).

ووجه الدلاله:

أن الحديث دل على لعن من فعل هذه الأشياء لأن فى ذلك تغيير لخلقه الله حيث جمع الحديث بين تغيير الخلقه وطلب الحُسن وهذان المعنيان متوافران

---

(١) انظر د/ على داود الجفال، مرجع سابق، ص ١٦٢/١٦٣- د/ محمد الشنقيطى، مرجع سابق ص ١٨٣، ١٨٤.

(٢) رواه البخارى فى صحيحه ج٣ ص ١٩٩ مطبعة دار إحياء الكتاب العربى لمصطفى بابى الحلبى بمصر - رواه مسلم فى صحيحه ج ٣ ص ٣٢٩ مطبعة مصطفى الحلبى.

الوشم: يكون فى اليدين. وهو أن يغرز ظهر كف المرأة ومعصمها بابره حتى يسيل الدم ثم يخشى ذلك الموضع بالكحل أو النوره فيحضر.

الواصله والمستوصله: حيث تصل المرأه شعرها بشعر آخر سواء أكان شعراً حقيقيا أو صناعياً وذلك لرجحان بقاء الفطره دون تغيير على المصالح الظاهره.

المتنمصات: وهى التى تلقلع الشعر من وجهها بالمنماص (الملقاط) وهو الذى يقلع الشعر، والمنصرد هنا إزالة الشعر من أطراف الوجه، وترقيق الحواجب وهو المحرم المنهى عنه.

المتفلجات: وهى التى تفعل الفلج فى أسنانها أى تعيد الاسنان المصمته الملتصقه خِلقه إلى فلجاء متفرقه بعضها عن بعض صناعة.

فى الجراحات التجميليه التحسينيه، لأنها تغيير لخلقه الله يقصد الزياده فى الحُسن ، فتعتبر داخله فى هذا الوعيد الشديد وبالتالى فهى غير مشروعه(١).

- ويضاف إلى أدلة عدم المشروعيه أن إجراء مثل هذه الجراحات تتضمن نوع من الغش والتدليس وهو عمل غير مشروع، علاوه على أنه قد يساعد على الهروب من تطبيق حكم العداله وحق المجتمع على هؤلاء الناس كأن يتخذونها وسيله للهروب من تطبيق أحكام القضاء عليهم بمحاوله تغيير الخلقه عن طريق اجراء مثل هذه الجراحات التجميليه التحسينيه، الأمر الذى ينعكس بالأثر السلبى على الأمن والأمان فى المجتمع.

- كما أن مثل هذه الجراحات لاتخلو من المخاطر والأضرار التى تلحق بطالبها ففى جراحة تجميل الثديين بتكبيرهما عن طريق حقن مادة السلكون أو الهرمونات الجنسيه كثيرا مايؤدى ذلك إلى حدوث أخطار كثيره كالإصابه بسرطان الثدى، بالإضافه إلى عدم التاكد من نجاحها(٢).

١٥٥ – ومما سبق نجد أن ماسلكه القضاء المصرى فى إباحة مثل هذا النوع من الجراحات، وإخضاعه للقواعد العامه فى المسؤولية مع التشدد فقط فى شروط إجرائها لأمر يخالف أحكام الفقه الاسلامى، ونأمل من المشرع التدخل الصريح بنصوص تشريعية تحرم إجراء مثل هذه الجراحات التجميلية التحسينيه بصورة مطلقة وحتى تتفق مع أحكام الفقه الإسلامى على أن يعدل القضاء المصرى موقفه مستقبلا بالحكم بمسئوليه جراح التجميل الذى يجرى العمليات التجميليه التحسينيه دون أى سند علاجى حتى وإن أجراها وفقاً للأصول العلمية فى فن جراحة التجميل على أعتبار

---

(١) د/ محمد الشنقيطى، مرجع سابق، ص ١٨٤/١٨٥ – د/على داود الجفال، مرجع سابق ص ١٦٣/١٦٩.

(٢) انظر د/ حسن القزوينى، فن جراحة التجميل ص، ٧٩، شركة مونمارتز للطبع والنشر بباريس.

أنها غير مشروعة فى الأصل أى من العمليات الجراحية المحرمه والتى لايجوز لجراح التجميل التدخل لاجرائها حيث ينتفي الغرض العلاجى منها وبالتالى لاتتوافر فيها الضرور أو الحاجة.

المطلب الثالث

حكم الجراحة التجريبية فى القانون المدنى والفقه الإسلامى

١٥٦ – إن الجراح قد يقوم فى بعض الأحيان بإجراء الجراحات التجريبيه وذلك يكون بغرضين:

الأول: إجراء الجراحات بقصد البحث العلمى.

والثانى: بقصد علاج المريض وذلك فى الحالات التى لم تنجح كل الوسائل الأخرى العلميه فى علاجه، فيضطر إلى التدخل الجراحى كعلاج تجريبى.

١٥٧ – **أما الأول:** وهو إجراء الجراحات التجريبيه بغرض البحث العلمى: فقد إختلفت التشريعات فى مشروعيته إلى اتجاهين: نوضحهما على الوجه الآتى:

أولا: الأتجاه الأول: ذهب إلى عدم الاعتراف بالجراحات التجريبيه بغرض البحث العلمى واعتبرها عملا غير مشروع مثل التشريع الفرنس[١]، حيث

(١) Goergen (A) : "Les droits d'homme sur soncorps" Th Nancy 1957. p.150.
Savatier (R) : La résponsibilité médicale" Paris 1948 No. 274.
Civ Leyon 27-6-1913. Dalloz 1912-2-73 note lalou

حيث قضت المحكمه بأن الطبيب الذى يجري على المريض طريقه جديدة للتشخيص بإستخدام الاشعه دون توافر أى غرض علاجى، والتى تسببت فى وفاته يكون مرتكبا لخطأ مؤكدا.

يتوافر لدى من يقوم بالجراحه التجريبيه بقصد البحث العلمى القصد الجنائى المنصوص عليه فى جرائم القتل والقطع، حتى ولو توافر رضاء من أجريت له الجراحه التجريبيه بقصد البحث العلمى، لأن إجراء مثل هذه الجراحات التجريبيه بقصد البحث العلمى تعتبر مساساً بالكيان الجسدى وإخلالا بمبدأ تعلقه بالنظام العام(١).

وإن كان هناك جانب من الفقه الفرنسى قد نادى بإجراء الجراحات التجريبيه بقصد البحث العلمى لأن ذلك من شأنه أن يفتح طرقاً جديده للعلاج، وذلك بشرط رضاء المريض، وأن تكون المزايا من العمل مؤكده، أو تكون الاضرار المتوقعه من العمل التجريبى لايترتب عليها إخلال جسيم بماديات الجسم(٢).

ثانيا: أما الاتجاه الثانى: فقد أيد اجراء الجراحات التجريبية بقصد البحث العلمى، ولم يفرق بينها وبين القصد العلاجى مثل التشريع المصرى حيث نص الدستور الدائم فى المادة ٤٣ منه «بأنه لايجوز اجراء أى تجربه طبيه أو علميه على أى إنسان بغير رضائه الحر» أى أنه اشترط فقط رضاء الشخص محل التجربه العلميه، وأباحها دون أيه ضوابط أخرى مثل الضرورة العلاجية وأنما سمح بإجرائها على إنسان صحيح ليس بحاجة إلى العلاج وكل ماتطلبه نص الدستور موافقته على إجرائها فقط، **وإننا نرى** أن موقف الدستور فى شأن اجراء الجراحات التجريبيه بقصد البحث العلمى دون حاجه علاجية يتعارض مع حرمة الكيان الجسدى للانسان وتعلقه بالنظام العام فكيف نسمح بإجراء جراحات تجريبيه

---

(١) Civ. 1-7-1973 Dalloz 1973-537- siry 1938-1-193.

(٢) Memeteau Gérard, Thèse : "Essai sur la liberté therapeutique de médecin étude de droit français postif paitiers" 1973. p.67.

انظر د/ أسامة قايد، مرجع سابق، ص ٣١٥.

بقصد البحث العلمى على انسان صحيح معاف لمجرد موافقته؟ ألا يتعارض ذلك مع أحكام الشريعة الاسلاميه التى لاتسمح بالمساس بالكيان الجسدى للانسان إلا على سبيل الأستثناء فى ظل وجود الضرورة العلاجية فقط مع ضرورة موافقه المريض أيضا على ذلك، لأن الانسان ليس له على جسده سوى حق الانتفاع فقط أما ملكية الرقبة فهى للخالق سبحانه وتعالى، وبالتالى فلايحق للانسان أن يرضى بأن يجعل جسده محلا للجراحات التجريبيه بقصد البحث العلمى لأن ذلك يتعارض مع مقصد أساسى من مقاصد الشريعة الاسلاميه وهو حفظ النفس، فلايحق للانسان أن يسمح لغيره المساس بكيانه الجسدى إلا فى حالة الضرورة العلاجية فقط، ويجب أن تقدر الضرورة هنا بقدرها، ولامحل لهذه الضرورة فى حالة الجراحات الطبيه بقصد البحث العلمى، ولذا فنرى أن نص الدستور هنا بالسماح بإجراء التجارب العلميه ومنها الجراحات التجريبيه على الانسان بشرط موافقته نص يعارض أحكام الفقه الإسلامى خاصه فى ظل عدم وجود الضروره وهى علاج الشخص من مرض ما والتى تبيح الأستثناء من الأصل العام (وهو حرمه المساس بالكيان الجسدى) حيث أجيز التدخل الجراحى العلاجى استناداً إلى القاعده الفقهيه الشرعيه «أن الضرورات تبيح المحظورات» والمقيده بقيد «أن الضرورة تُقدر بقدرها» وسبق أن وضحنا ذلك عندما تحدثنا عن ضابط مشروعية الجراحات[١]. وقد سار على نهج المشرع المصري المشرع الأمريكي[٢].

---

(١) انظر فى هذا البحث ضابط الجراحة المشروعة ص ٩١ ومابعدها بند ٧٢ ومابعده.

(٢) Davide, Meyers : "The human body and the law". p.70-90 et plat op. cit p.341.

١٥٨ – والثانى: وهو إجراء الجراحة التجريبية بقصد العلاج:

وهو النوع الذى نقصده فى بحثنا بخصوص بيان حكمه، فنجد أن المشرع المصرى كما سبق الذكر أقره بشرط موافقه المريض واكتفى بذلك الشرط فقط، ولم يضع لنا ضوابط محدده يجب أن يلتزم بها الجراح عند اجراء الجراحه التجريبيه بقصد العلاج الأمر الذى أوجد لنا قصوراً تشريعيا مما جعل الانسان محلا للتجارب تحت ستار موافقته فقط ولايخفى أن كثيرا من تلك الموافقات من السهل الحصول عليها من المريض تحت ضغط الجراح وهو الأقوى بالنسة للعلاقة مع المريض ولذا **نرى** أننا فى حاجة إلى وضع ضوابط محددة يجب أن يلتزم بها الجراح عند تدخله لاجراء مثل تلك الجراحات التجريبية بقصد العلاج والا وقع تحت طائلة المسئولية المدنية والجنائية تجاه المريض بالإضافة إلى المسئولية التأديبية أيضا، ونقترح فى هذا الشأن بعض الضوابط التى نأمل أن تكون تحت نظر المشرع عند تدخله لسد هذا النقص التشريعى بنصوص تشريعية واضحة.

١٥٩ – الضوابط المقترحة :

- هناك بعض الضوابط يمكن أن نقترحها لكى يلتزم بها الجراح عند إجراء الجراحة التجريبية على الوجه الآتى:

١ – أن تكون المزايا أعظم من المضار:

بمعنى أنه لايترتب على اجراء هذه الجراحات التجريبية إصابة المريض بضرر أعظم من ضرر المرض الذى يشكو منه أى يجب أن تكون النسبة بين المخاطر والمزايا من اجراء الجراحة التجريبية بقصد العلاج فى

صالح المريض[1]. اى تكون مخاطر الجراحة التجريبية بغرض العلاج – فى حدود ما يمكن للأنسان توقعه – بحيث تتناسب مع فوائده.

٢ – ان تكون الجراحة التجريبية الجديدة ضرورية :

بحيث لايمكن علاج المريض بأية وسيلة أخرى سوى بتلك الجراحة التجريبية أى هى الأمل الأخير فى علاج المريض بمعنى أن يكون الجراح قد استنفذ كل وسائل العلاج الحديثة حسب المعطيات الطبية والمقطوع بصحتها، والتى تكون أكثر تحقيقاً للنجاح عن الجراحة التجريبية، والا وقع الجراح تحت طائلة عقوبة جريمة الإهمال بسبب جهله بهذه الطرق الحديثة والمعلن عنها.

٣ – أن تكون الجراحة التجريبية بغرض العلاج قائمة على أساس علمى :

أى تكون الجراحة التجريبية هنا متفقة مع قواعد الفن والأصول الطبية المتعارف عليها فى علم الطب بمعنى أن تكون قد ثبتت كفاءتها في التجريب المعملى أو على الحيوانات.

٤ – ضرورة الحصول على رضاء المريض وإعلامه بكل المخاطر المحتملة وغير المحتملة وغير المتوقعة والنادرة الحدوث :

أى يجب اعلام وتبصير المريض بكل ما يتعلق بإجراء هذه الجراحة أى لابد من التشدد فى أعلام المريض من قبل الجراح فى مثل هذه التجارب أسوة بحال اعلام المريض بالجراحات التجميلية التحسينية والسابق الإشارة إليها[2].

٥ – أن يكون الجراح مؤهلا لإجراء مثل هذه الجراحات التجريبية، وأن تتم تحت إشراف الجهات المختصة، والمسئولة عن النظام الصحى في الدولة،

---

(١) Rauziaux (J.M) "Les essais des nauveaux médicaments chez l'homme problèmes juridiques et éthiqués" coll-de méd-leg-et de tox. méd Masson Paris 1978. p.134 et.

انظر د/ حسن زكى الابراشى، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

(٢) انظر فى هذا البحث ص ١٧٤ ومابعدها من ١٥١.

لأنها تنطوى على مخاطر قد تضر بصحة المريض[١]، ومن أجل ذلك يجب التفرقة بين الجراحات التجريبية التى يبتكرها ذوو الخبرة من الجراحين نتيجة لجهودهم المتواصلة وثمرة لدراستهم الطويلة حيث لايكون تطبيقها موجبا للمسئولية وبين الجراحات التجريبية التى يجريها الجراح له خبرته المتواضعة وتجاربه المحدودة دون أن يعتمد فيها على أساس علمى صحيح أو يسبقها بدراسة جدية وهى بلا شك موجبه للمسئولية لأن تطبيقها ينطوى على رعونة وإهمال[٢].

ونرى : فى ضوء الضوابط المقترحة السابقة أنه يمكن للجراح اجراء الجراحات التجريبية بقصد العلاج حيث يكون تدخله مشروعاً، أما اذا أخل بإحداها عند تدخله لإجراء الجراحة التجريبية تحققت مسئولية المدنية والجنائية لارتكابه خطأ مؤكد وبالتالى يقع تحت طائلة عقوبة الجرح والقطع المنصوص عليها في قانون العقوبات المصرى، بالاضافة إلى تحقق مسئوليته التأديبية.

١٦٠- موقف الفقه الإسلامي من الجراحات التجريبية :

ذهب الفقه الإسلامي إلى الجواز بإجراء عمل جراحي معين كتجربة لعلاج المريض وذلك بشرط: أن تكون مزاياه أعظم من مضاره أو على الأقل ألا يترتب عليه إصابة المريض بضرر أعظم من ضرر المرض الذي يشكو منه(٣). حيث جاء في كتاب الطب النبوي "أنه إذا لم يستطع الطبيب تحديد ماهية المرض فلايجوز له أن يجرب الدواء بما تخاف عاقبته، **ولابأس بتجريته بما يضر أثره**"[٤].

---

(١) انظر الطب النبوى لابن القيم ص ١١١ طبعة البابى الحلبى سنة ١٣٧٧ هـ ، انظر تأييد ذلك د/ اسامه قايد ص ٣١٩/٣٢٠.

- انظر د/ احمد شرف الدين، الأحكام الشرعيه للأعمال الطبيه ص ٤٩ طبع تحت إشراف المجلس الوطن للثقافه والفنون والآداب ١٤٠٣هـ.

(٢) انظر د/ حسن زكى الأبراشى، مرجع سابق ص ٢٣٧ – نقض فرنسى .ميزانسون فى ١٩٧٢/٧/١١م جازيت باليه ١٩٣٢ -٢ – ٦٩٤.

(٣) أنظر د/ سعد خيالي عبد الرحيم، مرجع سابق، ص٢٦.

(٤) أنظر الطب النبوي للإمام محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزيه، ص١١٥ – ط البابي الحلبي ١٣٧٧هـ- تعليق عبد الغني عبد الخالق.

الفصل الرابع

مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية

١٦١ – سنوضح فى هذا الفصل مسئولية الجراح الناشئه عن تجاوزه الأصول العلمية، مسئوليته عن خطئه الشخصى، الفريق الجراحى "الطبى" الذى يعمل معه في الجراحة، مع بيان موقف الفقه الاسلامى من كل نوع من المسئولية المشار اليه فى مباحث على الوجه الآتى:

المبحث الأول

مسئولية الجراح عن تجاوز الأصول العلمية فى القانون المدنى والفقه الإسلامى

– سنتناول فى هذا المبحث مسئولية الجراح الناشئه عن تجاوز الأصول العلمية الثابتة فى القانون المدنى والفقه الإسلامى على الوجه الآتى:

الفرع الأول

مسئولية الجراح الناشئه عن تجاوز الأصول العلمية الثابتة فى القانون المدنى

١٦٢ – لاشك أن الطب وحكمه فى ذلك حكم العلوم والفنون الأخرى يشمل أصولا تعتبر ثابتة ومسلمة على الأقل في فترة معينة من حياة العلم والفن، وهذه الأصول يعرفها أهل العلم ولايتسامحون مع من يجهلها أو

يتخطاها ممن ينتسب اليهم، لهذا يلجأ القضاء إلى الخبراء من الأطباء والجراحين لتقدير ما إذا كان زميلهم قد جهل تلك الأصول أو تخطاها. ومع أن القاضى هو المسئول أمام ضميره عن الحكم الذى يصدره الا أنه لاسبيل لديه الى كشف أصول الطب بنفسه فهو يشرك الخبراء من الأطباء معه فى تقدير أهم عناصر المسئولية الطبية وان لم يشتركوا معه رسميا فى الحكم الذى ساهموا بأكبر قسط فى الوصول اليه[١]، ولذا نجد أن مسئولية الخبراء من الأطباء الأدبية من هذه الناحية أكبر من مسئولية غيرهم من الخبراء.

- ولذا يجب قبل أن نتناول بيان مسئولية الجراح الناشئه من تجاوز الأصول العلميه الثانيه أن نوضح أولا: ماهيه الأصول العلميه والقواعد العلميه الثابته التى يلتزم بها الجراح عند اجراء الجراحه على الوجه الآتى:

١٦٣ - أولا: ماهية الأصول والقواعد العلمية الطبية الثانية :

لكى نوضح ماهيه الأصول والقواعد العلميه الثانيه يجب أن يكون ذلك من خلال موقف القانون والفقه والقضاء على الوجه الآتى:

أ - ماهية الأصول والقواعد العلميه الطبيه فى القانون:

لم يتعرض المشرع المصرى لبيان ماهية الأصول العلمية الطبية الثابته التى يلتزم بها الجراح أو الطبيب، وذلك فى نصوص قانون مزاولة مهنة الطب وأدبياته حيث ترك ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء[٢].

---

(١) انظر د/ وديع فرج - مجلة القانون والاقتصاد سنه ١٢ ص ٤١٨/٤١٩ - د/ حسن زكى الأبراشى، مرجع سابق ص ٢٣٥.

(٢) انظر د/ اسامه قايد، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

أما المشرع الفرنسى فقد اشار إلى معطيات العلم فى المجال الطبى بصورة ضمنيه فى المادة ٣٦ من قانون اخلاقيات مهنه الطب بقوله: «إن الطبيب – الجراح – يجب أن يضع دائماً تشخيصه بعناية أكثر، وأن يستخدم فى كل إجراء يقوم به الطرق العلمية الاكثر تخصصاً ودقه ووضوحاً».

ويستفاد من النص السابق أن الجراح والطبيب عليهما التزام بإتباع الأصول العلميه الطبية المقررة فى العلم والمتعارف عليها بين الأطباء.

ب – ماهيه الأصول العلمية الطبية الثابته وفقا لرأى الفقه والقضاء:

إن الأصول العلميه الطبيه الثابته فى نظر الفقه والقضاء المصرى والفرنسى هى «تلك الأصول العلميه الثابته والمتعارف عليها نظريا وعمليا، والتى يجب أن يُلم بها الجراح وقت قيامه بالعمل الجراحى أو الطبى»(١).

– ومن التعريف السابق نجد أن للأصول العلميه الثابته حالتين:

الأولى: نظرية: وهى أن يتفق أهل الفن على تحديد علاج المرض فمثلا يتفقون على ان علاج المرض المعين هو بطريق العقاقير، وأما المرض الآخر فيكون بطريق الجراحه.

الثانيه: عمليه: وهى أن يتفق الأطباء على أمور تطبيقيه عامه كطريقة اجراء العمليات الجراحيه وبناء على هذا التعريف فإن الأصول العلميه تشمل نوعين من المعارف:

---

(١) **Akida (Mohamed)** "La responsibilité pénale de médicens du chef d'homicide et de blessures par imprudance". p.109 et s. Thèse lyon 1981.

الأول: علوم ثابته أقرها علماء الطب فى فروع الطب المختلفه.

الثاني: علوم غير ثابته وهى العلوم المستجده التى يطرأ اكتشافها فهذه العلوم يمكن اعتبارها أصول علميه اذا توافرت فيها شرطان(١):

أ - أن تكون صادره من جهة معتبره مثل المعاهد الطبيه للبحوث.

ب - أن يشهد أهل الطب بكفاءتها وصلاحيتها للتطبيق.

جـ - اجراء النشر والتسجيل العلمى للأسلوب أو الطريقة العلاجية حتى يمكن لكافة الجراحين والأطباء الإطلاع عليها(٢).

- ويؤيد ذلك ماذهب اليه القضاء(٣) من أن إتباع الجراح أو الطبيب قواعد الممارسة الطبيه أى الاصول العلمية الثابته تصبح واجبة الاحترام إذا ماتجاوزت التجارب العلمية، وتدخل فى نطاق الممارسة العملية الدائمة والمستمره» (٤) والحكم السابق يوضح لنا أنه لكى تكون بصدد أصول علميه ثابته فيجب:

أ - أن تكون هناك ممارسة لتلك القواعد الثابته. أى يلزم مضى وقت كاف لإثبات كفاءة هذا الأسلوب.

ب - أن تكون مدونه فى المؤلفات الطبية، بمعنى أن تكون محلا للنشر، ولن تكون كذلك إلا عندما ينعقد مؤتمراً تاليا للافعال المثاره لبسطها وتقريرها

---

(١) انظر د/ اسامه قايد، مرجع سابق، ص ١٦٠.

(٢) Giesen D. "La responsibilité civil des médecins par rapport aux nouveaux traitements et aux expérimentations" 1976 p.83.

(٣) Cass-civ 1re, 4 janv. 1974, Rev trim. dr. civ. 1974. p.822 obs Darry même-sens, orléans, 27 fev. 1969. Dalloz 1969.661. M.Harichaux, art. cit. No.6 ets.

(٤) Civ. 14/2/1950. D.S. 1950-2-5423 obs : veyan. "déspassé le stade de l'experimentation scienftifique pour entrer dans la pratique courant.."

وإدراجها فى المؤلفات الطبيه[1]، وذلك حتى تكون هذه القواعد والأصول العلمية الطبية الثابته معروفه ويجب إحترامها.

- وحقيقه أن العلوم الطبية فى تقدم مستمر، ويقدم لنا يومياً وسائل متنوعه لمعالجة كل مريض، وهذا التنوع يفتح المجال أمام الجراح والطبيب للأختيار من بين الوسائل التى أمامه مايراه اكثر فاعلية لشفاء المريض، ويظل مع ذلك ملزماً بالايتجاوز الحدود المفروضه بواسطة القواعد العامه للحذر واليقظه، فالعلاج الذى يقع عليه أختيار الجراح أو الطبيب يجب أن يكون مقبولا فى مجال العلوم الطبيه والمعطيات العلمية[2].

١٦٤ - ولكن نتشائل هل معنى وجوب أتباع الجراح للأصول العلميه الثابته أنه يجب أن يلم بما يعلمه كل جراح آخر، وأن يطبق العلم كما يطبقه غيره من الجراحين؟ وهل هذا الالتزام يقتضى الجمود وعدم التجديد؟[3].

١ - إن الأجابه على الشطر الأول من التساؤل تقتضى منا القول بأنه يلزم عند تقدير خطأ الجراح أن تراعى شخصيته، فالجراح العام غير الجراح المتخصص، فلايتحمل الجراح العام - وهو من يحصل على دبلوم الجراحة العامه بنفس الألتزامات التى يتحملها الجراح المتخصص - وهو مايحمل دراسات متقدمه تخصصيه فى نوعية معينه من الجراحه كجراح القلب أو المخ أو الأعصاب... الخ - والمهنه تستلزم ترك قدر معين من الاستقلال لدى الجراح فى التقدير والعمل تتناسب وحرية المهنه، ولكن هناك حد أدنى فى مزاولة مهنة الطب لو إنحدر عنه الجراح أو الطبيب اعتبر منه ذلك

---

(١) Civ. 1re, 12 nov 1985. Bull. civ. 1 no. 198. p.264.

(٢) انظر د/ السيد محمد السيد عمران، التزام الطبيب بإحترام المعطيات العلمية ص ٤٢/٤١، طبعة ١٩٩٢م مؤسسه الثقافه الجامعية - الأسكندرية.

(٣) انظر د/ حسن زكى الأبراشى، مرجع سابق، ص ٢٣٦/٢٣٥.

إغفالا أكيداً لواجبات مهنته(١).

٢ – أما الإجابة عن الشطر الثانى من التساؤل فيقتضى النفى لأن محكمة النقض الفرنسية (٢)عندما قضت بوجوب اتباع الأصول العلمية الثابته لاتقصد من ذلك أن تفرض على الجراحين والأطباء الجمود فى مزاولة مهنتهم، وإلا بقيت الأصول ثابته أبدا الدهر، فالعلم الطبى مستمر فى التقدم، وماكان من النظريات أو الآراء يعد اليوم حديثا فى نظر العلم قد يعد غدا قديماً بل وقد يصبح أخطاء، وكل ماتقصده محكمة النقض هو أن الجراح والطبيب متى عرضت له حاله من الحالات التى تدخل فى الحدود المرسومه والتى وضع لها العلم حلاً دلت الخبره على صلاحيته فيكون الجراح والطبيب ملزمين بإتباع ذلك الحل التقليدى حتى لايعرض المريض بالخروج عليه لخطر لامبرر له(٣).

أما إذا كانت الحاله لاتدخل تماماً فى نطاق تلك الحدود فيكون له حق المفاضله بين الأساليب المختلفه ليختار وسيله العلاج التى يراها اكثر مناسبه للحاله التى بين يديه(٤).

١٦٥ – ثانيا: مدى مسئولية الجراح عند تجاوزه الأصول العلميه الطبيه الثابته:

– إن إخلال الجراح ومخالفته أو تجاوزه للأصول العلميه الثابته وقت تنفيذه للعمل الجراحى يعتبر عنصراً من عناصر الخطأ الطبى الذى يستوجب مساءلته مدنيا أو جنائيا تجاه المريض، لأن العقد الذى يتم بين الجراح

---

(١) انظر د/ وديع فرج – مجلة القانون والأقتصاد سنه ١٢ ص ٤١٩/ ٤٢٠.

(٢) Civ. 20/5/1936 Dalloz 1936-1-88 obs Matr. D. 1936-1-93.

(٣) انظر د/ حسن الأبراشي، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

(٤) انظر د/ وديع فرج، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٠.

والمريض يوجب على الأول، إن لم يكن بطبيعة الحال الالتزام بالشفاء فعلى الأقل أن يبذل له عنايه تتمثل فى الجهود الصادقه اليقظه المتفقه – فى غير الظروف الاستثنائيه – مع الأصول المستقره فى علم الطب [١]، أى المتفقه مع الأصول العلمية الثابته، أو تتفق مع المعطيات العلمية المكتسبه أو الحالة[٢].

- **ولذا فإن القاعدة:** أن مسئولية الجراح تثور إذا ثبت أنه لم يؤد عمله الجراحى وفقا للأصول العلميه المقررة أو خالفها، وبالتالى فيكون مسئولا بحسب تعمده العمل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه فى أداء الجراحه بالمستوى الذى ينتظره المريض[٣]. فهو مسئول عن كل خطأ من جانبه[٤]، وهذا الخطأ يستنتج عادة من الإهمال الذى حدث من جانب الجراح عند

---

(١) نقض مدنى مصرى ٢١/١٢/١٩٧١م، مجموعة المكتب الفنى، السنه ٢٢ رقم ١٧٩ ص ١٠٦٢ – انظر د/ حسن زكى الأبراشى، مرجع سابق، ص ٤٦/٤٧.

(٢) Civ 20/5/1936. Dalloz 1936-1-88 "... du moins du lui donner des soins, non pas quelconques... mais consciencieux, attentifs, et réservefaite de circonstançes, exceptionnelles, conformes aux données acquisea de la science de la violation même involontaire de dette obligation..."

Civ. 27-10-1970. B.Civ, 1970. p.232 No. 282 - Civ. 27 juin, 1970. B.Civ. 1970. p.30 No. 37.

وانظر قضاء محكمة مصر جنح مستأنفه فى ١٩/٤/١٩٠٤م استقلال سنة ٣ رقم ١٩٠ ص ١٠٤.

(٣) نقض جنائى مصرى فى ٢٧/١/١٩٥٩م مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض المصريه س ١٠ ص ٥٩١ رقم ٢٣.

(٤) حكم محكمة السين فى ٣/١/١٩٣٩م – داللوز الأسبوعى ١٩٣٩– Somm ٢٤– ٢٥ وجاء فى هذا الحكم:

"Le fait pour un médecin d'avoir soigne un enfant avec des pilules de juglart au bien d'insuline, ne saurait constiture une faute à la charge de ce pralicien, alors d'une part, qu'aucun élément n'est pruduit pour demontrer que l'emploi de ce mode de traitement constitue une faute".

قيامه بالجراحه[١]. أما إن جنب الجراح سلوكه مواطن الخطأ ومنها عدم خروجه فى عمله عن الأصول العلمية الثابته، فلامسئولية عليه أيا كانت نتيجة تدخله الجراحى[٢]، إذ لايضمن للمريض الشفاء بل يلتزم ببذل العنايه الكافيه حسب ماقررته محكمة النقض المصريه[٣] والفرنسية[٤]، لأن القضاء مستقر على قبول وجود قدر ضرورى من المخاطر مرتبط بطبيعة التدخل الجراحى لإجراء العملية الجراحية، فإن لم تنجح العملية الجراحية، بالرغم من بذل الجراح العناية المطلوبه والتزامه بالأصول الطبية الثابته، فإنه لامسئولية عليه تجاه المريض[٥].

- هذا ويتعين على الجراح إذا ماتم تشخيص المرض وبدأ فى علاج المريض بالتدخل الجراحى أن يعضد قراره طبقا للمعطيات العلمية المكتسبه[٦]- الأصول العلميه الثابتة - فإذا مال التزم الجراح بذلك، ولم يتم شفاء المريض فإن عدم شفائه لايعتبر دليلا على وجود الخطأ وعلى هذا لايعتبر الجراح مسئولا، عندما يكون الضرر الذى لحق بالمريض مرجعه خطأ وقع من المضرور نفسه، أو من ظروف غير متوقعات[٧].

---

(١) حكم محكمة بيج ١٨٨٩/١١/٢٧م - داللوز - و١٨٩١ - ٢ - ٢٨١.

(٢) انظر د/ أحمد شرف الدين، مسئولية الطبيب وإدارة المرفق الصحى العام، مجلة إدارة الفتوى والتشريع س ٢، ٢٤ سنة ١٩٨٢م ص ١٤٣ بند ١٧، ص ٢١٧.

(٣) نقض مدنى مصرى ١٩٧١/١٢/٢١م سابق الإشارة اليه.

(٤) Civ. 20/5/1936. D. 1936-1-88.

(٥) Civ. 26 juin 1970 B.C.I. no. 34- Crim. 13 mars 1971, B. Crim. no.78.

(٦) نقض مدنى مصرى ١٩٧١/١٢/٢١م، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنه ٢٢ رقم ١٧٩ ص ١٠٦٢ - نقض فرنسى ١٩٣٦/٥/٢٠م داللوز ١٩٣٦ - ١ - ٨٨.

(٧) حكم محكمة سانت اتيان ١٨٩٢/٢/٥م - داللوز الدورى ١٨٩٥ - ٢ -٩٩ حيث جاء فيه:

"Le médecin n'est pas résponsible de la mort d'un malade ensuite de l'obsorption par celui - ci à des intrvalles rapprochés de doss d'un remède toxtique".

اشار إليه د/ عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج الطبى، ص ٢٢٦ هامش (٤).

١٦٦ – هذا وقد قررت محكمة النقض الفرنسيه هذا الإلتزام (عدم خروج الجراح من الأصول العلميه الطبيه الثابته) على الجراح والطبيب فى معظم أحكامها حيث يلتزم الجراح نحو مريضه بأن يعطى له العنايه، ولكن ليس أى عنايه، وإنما يجب أن تكون وفقا للأصول العلمية السائده فى الطب بسبب تطور الطب السريع(١) حيث قضت بمسئولية الجراح عن خطئه نتيجة استخدامه لفن قديم انتهى(٢)، كما قضت بمسئوليه الجراح عن جهله بالأصول العلمية المتعلقه بمهنته(٣).

أما **محكمة النقض المصرية** فقد أيدت قضاء النقض الفرنسى فى تحقق مسئوليه الجراح والطبيب اذا لم يلتزم بالأصول العلمية السائدة حيث قضت بأن «واجب الطبيب – ومثله الجراح – فى بذل العنايه مناطه مايقدمه طبيب – أو جراح – يقظ من أوسط زملائه علماً ودراية فى الظروف المحيطه به أثناء ممارسته عمله»(٤).

ثم تتبع المحكمة هذا المعيار العام الواسع بأحد عناصره حيث تقول «مع مراعاة تقاليد المهنه والأصول العلمية الثابته، وبصرف النظر عن المسائل التى اختلف فيها أهل هذه المهنه»(٥).

كما قضت محكمة الاسكندريه أيضا فى تأييد مسئولية الجراح أو الطبيب عن خطئه الناتج من عدم اتباعه الأصول العلمية الثابته بقولها

(١) Civ 29/5/1936. Dalloz 1936-1-8.

(٢) Civ 4/7/1963 - Jurisclasseur périodique 1963.N. 118- civ 2/2/1960 -D- 1960 J. 501.

(٣) Gernople 4/11/1946. Dalloz - 1947-79.

(٤) نقض مدنى مصرى فى ١٩٦٦/٦/٢٢م مجموعة المكتب الفنى س ١٧، ص ٦٣٦ رقم ٨٨.

(٥) نقض مدنى مصرى فى ١٩٦٦/٦/٢٢م مجموعة المكتب الفنى س ١٧ ص ٦٣٦ رقم ٨٨.

«يسأل الطبيب... ومثله الجراح – عن خطئه فى العلاج إن كان الخطأ ظاهرا لايحتمل نقاشاً فنياً تختلف فيه الآراء[١]».

وأيدتها فى ذلك محكمة مصر الأبتدائية بقولها «ان إختيار الطبيب – ومثله الجراح – بطريقة العلاج دون الأخرى لايمكن أن يؤدى إلى مسئوليته عن طريقة العلاج التى اتبعها مادامت هذه الطريقة صحيحه علميا، ومتبعه فعلا فى علاج المرض، ومسئولية الطبيب – ومثله الجراح – عن خطأ العلاج لاتقوم بصفه مطلقه على نوع العلاج الذى يختاره، الا إذا ثبت أنه فى اختياره للعلاج أظهر جهلا بأصول العلم والفن الطبى [٢]».

ومما سبق نجد أنه من المؤكد أن الجراح يلتزم بإتباع الأصول العلمية السائدة والثابته إلتزاما عاماً، ويجب عليه احترامه وعدم الاخلال به حتى لايكون عمله محلا للمسئوليه المدنيه والجنائية فى غير الظروف الأستثنائيه التى سنوضحها فيما يلى:

١٦٧ – ولكن هل يعتد بالظروف الأستثنائية عند تقدير خطأ الجراح فى حالة خروجه عن الأصول العلمية الطبية الثابته أثناء الجراحه؟.

لقد أشارت محكمة النقض المصرية بصورة تكاد تكون كاملة الأجابة على ذلك التساؤل بقولها«ان العناية المطلوبه من الطبيب – الجراح – تقتضى أن يبذل جهوداً صادقه يقظه تتفق – فى غير الظروف الإستثنائية– مع الأصول المستقره في علم الطب فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لايقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى

(١) قضاء محكمة الاسكندرية الصادر بتاريخ ١٩٤٣/١٢/٣٠م، المحاماه س ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨.

(٢) حكم محكمة مصر الأبتدائية الصادر بتاريخ ١٩٤٤/١٠/٣م، المحاماه س ٢٦ رقم ٥٥ ص ١٣١. أشار السيد أيضا د/ اسامه قايد، مرجع سابق ص ٢٥٣ – وانظر أيضا فى نفس المعنى مصر الأبتدائية (جنح مستأنفه) ٢ مايو سنة ١٩٢٧م، المجموعة – ٢٩ – ١١ – ٢٠ الجيزة يناير سنة ١٩٣٨م المحاماة ١٥ رقم ٢١٦، استئناف مختلط ١٩ نوفمبر ١٩٣٦م (٤٩ ص ١٩).

نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول، كما يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة جسامته»(١).

ومن النص السابق يتضح لنا أنه عند تقدير مدى خطأ الجراح من عدمه بالنسبه لخروجه أو عدم خروجه عن الأصول الطبيه الثابته يجب أن تراعى الظروف الأستثنائية التى تحيط بالجراح عند إجرائه للعملية الجراحية، ولكن ماالمقصود بالظروف الاستثنائية هنا؟.

١٦٨ – ماهية الظروف الأستثنائية:

ان الظروف الأستثنائية تدخل فى مفهوم مايسمى بالظروف الخارجيه، وهى التى تحيط بالجراح عند قيامه بعمله والتى أحاطت بمسلكه والتى أثرت حتما فيه سواء من حيث المكان أو الزمان الذى يجرى فيه الجراح جراحته للمريض وهى تختلف عن الظروف الداخليه: المتعلقه بالجراح والتى تكون لصيقه بشخصيته، والمتعلقه بخصائصه الطبيعيه والأدبيه(٢).

(١) نقض مدنى مصرى بتاريخ ١٩٧١/١٢/٢١م – مجموعة المكتب الفنى س ٢٢ ص ١٠٦٢، وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٢٦ يونيه ١٩٦٩م مجموعة أحكام النقض ٢٠ – ١٠٧٥ – ١٦٦.
وانظر أيضا استئناف مصر ٢ يناير ١٩٣٦م المحاماة ١٦ – ٧١٣، ٣٣٤ حيث ذهبت إلى أنه بالنسبه للأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشده فى تقدير أخطائهم لأن واجبهم الدقه فى التشخيص والاعتناء وعدم الأهمال فى المعالجه.
وانظر ايضا محكمة جنح الأزبكية بتاريخ ٢٦ يونيه ١٩٦٩م فى قضية الدكتور/ يحيى الجمال رقم ١٩٦٧/١٠٥٤م جنح حيث قالت أنه من المتفق عليه فى الآونه الأخيرة فقها وقضاء أن مسئولية الطبيب تخضع للقواعد العامه متى تحقق وجود الخطأ، مهما كان نوعه، سواء كان خطأ فنياً أم غير فنى، جسيماً أو يسيراً، فقانون العقوبات لايوجد بين مواده نص يحيط الأطباء بسياج تشريعى خاص يضيق من نطاق مسئوليتهم الجنائية أو يعدل من أحكامها».

(٢) MAZEAUED (H.L) et Tunc (A) : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile No. 438. p.503.

ولاشك أنه عند تقدير مسلك الجراح بالنسبه لاتباعه الأصول العلمية أو عدم إتباعه يقتضى الأعتداد بالظروف الخارجية، بالإضافه إلى الاعتداد بجانب من الظروف الداخليه لأن العلاقه بين الجراح والمريض علاقة عقديه مبنية فى الأساس على الإعتبار الشخصى حيث يقدر عادة مؤهلاته وصفاته، وهى الظروف اللصيقة بشخصية الجراح.

- ولكن يعتد فقط بتلك الظروف الداخلية «الاعتبارات الشخصية» ذات المظاهر الخارجية المؤثرة فى السلوك، والتى تكون ظاهرة للكافة والتى تكون لها صلة وثيقة بتخصص الجراح والتى غالبا مايراعيها المريض عند إختياره الجراح حيث تكون هذه الظروف الشخصيه معروفة للناس جميعاً بغير حاجة إلى معاملة الفاعل وفحص نيته(١). لأننا لو أهملنا تلك الإعتبارات الشخصيه ولم نعتد بها مع الظروف الخارجيه لأدى الأمر إلى خلل فى المساواه بين الأطباء، فكيف نقارن سلوك طبيب ممارس، بجراح متخصص قديم فى الفرع الذى نسب فيه الخطأ إلى الطبيب الممارس، وذلك على إعتبار أن التخصص الفنى، والخبره فى ممارسة المهنه من الظروف الداخليه التى لايعتد بها(٢)؟.

وبالإضافه إلى ماسبق وهو الاعتداد بجانب من الظروف الشخصية «الداخلية» الخاصة بالجراح، فإنه يعتد عند تقدير خطأ الجراح فى إتباعه أو عدم اتباعه للأصول العلمية الثابته بالظروف الأستثنائية التى تحيط بالجراح عند قيامه بالعملية مثل حالة الاستعجال، وماقد يعترض فيها الجراح من

(١) انظر د/ سليمان مرقس، مسئولية الطبيب وكيفية تقدير خطئة، مجلة القانون والأقتصاد س ٦٧ ص٦٤.

(٢) انظر د/ محسن البيه، مرجع سابق، ص ١٤١مرجعه بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئوليه المدنيه ص ٣٣٦ طبعة ١٩٨٧م جمع وتنسيق هذه النمير - انظر نقض مدنى ١٩٧١/١٢/٢١م مجموعة أحكام النقض ٢٢ - ١٠٦١ - ١٧٩ - نقض ١٩٦٦/٦/٢م مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ١٠٧٥ - ١٦٦.

ظروف استثنائية تجعله فى حيرة من الحالة التى أمامه حيث يعد ذلك سببا مبرراً لخروجه على الأصول الثابته بشرط أن يكون قد قام بما ينبغى من عناية باذلا جهوداً صادقه ومخلصه لعلاج المريض(١).

١٦٩ – ولكن هل الألتزام بالأصول العلميه يستوجب مسئولية الجراح إذا ماوقع فى غلط علمى؟:

إن الجراح ملزم بأن يبذل المريض جهوداً صادقه يقظه – فى غير حالة الظروف الأستثنائية – متفقه مع الأصول العلمية الثابته، التى يتحتم على كل جراح الإلمام بها ومن ثم يكون مسئولا عن كل غلطه تتم عن أغفال أو جهل بتلك الأصول (٢). ولكن قد يأخذ الجراح بكل انواع الحيطه والحذر ولاتفوته الأستفاده من جميع الوسائل العلميه أثناء الفحص والجراحه، ومع ذلك قد يقع فى غلط علمى، فهل يسأل فى هذه الأحوال؟.

– لاشك أن العلوم الطبيه بها الكثير من المسائل التى هى محل خلاف بين العلماء من رجال المهنه ونرى أن الجراح لايرتكب أى خطأ فى الأخذ برأى دون آخر، كما أن كثير من الأمراض تتشابه أعراضها وتختلط لدرجة أنها قد تغم على اكثر الأطباء خبره وأوسعهم درايه، وبالتالى فلامسئوليه على الجراح إذا لم يصادفه التوفيق – بسبب غلطة العلمى. متى تحرى أصول فنه وراعى الضمير والشرف فى تشخيصه للمرض. ولذا فإن ضعف الأنسان له اعتبارات تجب مراعاتها عند تقدير المسئوليه(٣)، وخاصه إذا كان

---

(١) Civ 2 dec. 1958 G.P 1959, 1, 94 - Trib. Civ Grenoble 4 nov, 1946. Dalloz 1947. 19.

حيث اعتبرت فى حكمها أن الطبيب يكون مخطئا إذا نسب إليه أهمال أو عدم احتياط لايبرره أى ظرفه استثنائى – انظر د/محسن البيه، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٢) د/ وديع فرج، مجله القانون والأقتصاد سنة ١٢ ص ٤٢٥.

(٣) د/ حسن زكى الأبراشى، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

الغلط الذى وقع فيه الجراح مما يحتمل أن يقع فيه جراح يقظ إذا أحيط بنفس الظروف الخارجية التى أحاطت به أثناء اجراء التشخيص والجراحه، وهذا الغلط يعتبر غلطا من العلم لا من الجراح لأن سببه هو النقص فى العلوم الطبيه، فهو غلط يتعرض له كل جراح أثناء مزاولته لمهنته(١).

قد أيد القضاء الأتجاه السابق فى عدم مسئولية الجراح إذا ماوقع فى غلط علمى مع بذله العنايه الواجبه وتحريه الأصول الفنيه الثابته ومراعاة للشرف والأمانه فى عمله(٢).

الفرع الثانى

مسئولية الجراح الناشئة عن تجاوزه

الأصول العلمية الطبية الثابته فى الفقه الإسلامى

١٧٠- إن الشريعه الأسلاميه عندما أباحت التدخل الجراحى بمعرفة الجراحى إنما أباحته لدفع الضرر عن المريض، مع أنها محرمه عليهم فى الأصل، ولذا يجب أن يكون عمل الجراح محققاً لتلك المصالح التى سعت إليها الشريعة بإباحة العمل الجراحى للمريض على خلاف الأصل، وهذا الفعل لن يكون محققاً لتلك المصالح كذلك إلا إذا تم وفقاً للأصول الطبيه المعترف بها. وإلا فإنه لايكون محققاً لتلك المصالح، ومن ثم يبقى علي

---

(١) د/ وديع فرج، مجلة القانون والأقتصاد سنة ٢١ ص ٤٢٣.

وقد فى قال د/ بروردل فى المسئولية الطبيه ص ٥٨ «كثيرا ماوقعت فى الغلط ولكن ليس لأحد أن يوجه إلينا أى لوم مادمنا قد توخينا الدقه فى كشفنا ففحصنا الاعراض والسوابق قبل اجراء التشخيص، فإذا ظهرفساده مع ما اتخاذناه من الاحتياط لعدم الوقوع فى الغلط، فليس لأحد أن يحاسبنا، ويجب الا ننسى أن اكبر العلماء لم يسلموا من الغلط».

(٢) انظر قضاء، ومانت سير سين فى ١٩١٢/١/٢٦م، جازيت باليه ١٩١٢ - ١ -٠ ٣٢٨، حيث اغتفرت المحكمة للطبيب أنه أخطأ فى تشخيصه حالة دفتيريا عند طفله ووصف حالتها بأنها التهاب رئوى بسيط.

أصله فعلا محرماً موجباً لمنعهم من المساس بالجسد على وجه يعرضه للهلاك والتلف.

ويؤيد ماسبق ماجاء فى قواعد المقرى «إن كل عمل قاصر عن تحصيل مقصوده لايشرع»(١).

وقد اتفق الفقهاء على تضمين التطبيب الجراح إذا خالف أصلاً من الأصول العلمية الثابته، ونتج عن ذلك ضرر أصاب المريض المعالج، وقد استعملوا فى ذلك تعبيرات متعدده منها «تجاوز الحد المعلوم فى الطب»، «فعل غير المعتاد»... الخ من الألفاظ التى تفيد معنى مخالفه الأصول العلمية الثابته».

لأنه من المعلوم أن المفروض فيمن يريد التطبيب أن يكون عالماً لقواعد هذا الفن وفق الرسم المعتاد والموافق للقواعد التى يتبعها أهل هذه الصنعه فى هذه المهنه، ولذا فإن فعل المعالج مالايفعله مثله ممن أراد العلاج أو الصلاح كان ضامناً لما نتج عن ذلك من شراية إن كان المريض لايعلم بجهله(٢).

---

(١) قواعد المقرى ج٢ ص ٦٠٠.

(٢) جاء فى زاد المعاد فى هدى خير العباد لشمس الدين محمد بن أبى بكر الحنبلى ج٣ ص١٦٦/١٦٧.

"إيجاب الضمان على الطبيب الجاهل فإذا تعاطى علم الطب وعمله ولم يتقدم له به معرفة فقد هجم بجهله على إتلاف الأنفس وأقدم بالتهور على مالم يعلمه فيكون قد غرر بالعليل فيلزمه الضمان لذلك وهذا إجماع من أهل العلم قال الخطابي لاأعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً والمتعاطي علماً أو عملاً لايعرفه متعد فإذا تولد من فعله التلف ضمن الديه وسقط عنه القود لأنه لايستبد بذلك بدون إذن المريض".

أنظر أيضاً نهاية المحتاج لشمس الدين محمد بن العباس أحمد بن حمزه بن شهاب الدين الرملي ج٨ ص٣٥. حاشية الطحاوي على الدر المختار، لابن عابدين، ج٥٤ ص٢٧٥

فتطبيب جاهل باشرت يده من يطبه فتلف به فهذا إن علم المجنى عليه أنه جاهل لاعلم له وأذن له فى طبه لم يضمن... وإن ظن المريض أنه طبيب وأذن له في طبه لأجل معرفته ضمن الطبيب ماجنت يده، وكذلك إن وصف له دواء يستعمله والعليل يظن أنه وصفه لمعرفته وحذقه فتلف به ضمنه".

وقال الشافعى «وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله فإن كان فعل مايفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعه فلاضمان عليه وإن كان فعل مالا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن»(١).

وذكر ابن قدامه ذلك بقوله «فأما ان كان حاذقا وجنت يده مثل أن يتجاوز قطع الختان إلى الحشفه أو إلى بعضها، أو قطع فى غيره محل القطع، أو يقطع السلعة من إنسان فيتجاوزها، أو يقطع بآله كآله يكثر ألمها، أو فى وقت لايصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله، لأنه إتلاف ليختلف ضمانه بالعمد والخطأ، فأشبه اتلاف المال، ولأن هذا فعل محرم فيضمن سرايته كالقطع ابتداءً»(٢).

والنص السابق يوضح لنا أن مجاوزة الخاتن والقاطع للحدود المعتبره للختان، والقطع أمر موجب للضمان، وحكم بحرمته فى قوله «ولأن هذا فعل محرم» فرده إلى الأصل، كما أعتبره بمثابه القطع على وجه الجنايه وذلك بقوله: «كالقطع ابتداء»(٣).

وقال الدسوقى أيضا «... كأن أراد قلع سن فقلع غيرها أو تجاوز بغير اختياره الحد المعلوم فى الطب عند أهل المعرفه»(٤).

– ومما سبق غير أن الواجب على الطبيب والجراح ضرورة أتباع الأصول العلمية الطبيه السابق ويجب عليه أن يلاحق التطورات العلميه وأن يعتمد على كتب مشهوره موثوقه وإلاتحققت مسئوليته.

---

(١) الأم ج ٢ ص ١٦٦.

(٢) المغنى والشرح الكبير لأبن قدامه ج ٦ ص ١٢١/١٢٠ – مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٦ هـ.

(٣) انظر د/ محمد الشنقيطى، مرجع سابق، ص ٤٥٢.

(٤) حاشيه الدسوقى على الشرح الكبير – محمد عرفه الدسوقى – ج ٤ ص ٣٥٥ دار الفكر – بيروت.

وقد جاء فى تأييد ذلك «وأما الاعتماد على كتب الفقه الصحيحه الموثوق بها فقد اتفق العلماء فى هذا العصر على جواز الاعتماد عليها... وكذلك قد اعتمد الناس على الكتب المشهوره فى النحو واللغة والطب وسائر العلوم لحصول الثقة بذلك وبُعْد التدليس»(١).

ولكن لنا أن نتساءل عن الحكم فيم لو كان الطبيب الجراح حاذقاً وأعطى الصنعه حقها، وأقدم على المريض فى لأجراء الجراحه بإذنه ولكن أخطأت يده وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفته؟

لقد أجاب ابن القيم عن ذلك بقوله: «طبيب حاذق اذن له وأعطى الصنعه حقها لكن أخطأت يده وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفته مثل ان سبقت يد الخاتن إلى الكمره فهذا يضمن جناية خطأ، ثم إن كانت الثلث فمازاد فهو على عاقلته فإن لم تكن عاقله فهل تكون الديه من ماله أو فى بيت المال على قولين هما روايتان عن أحمد وقيل إن كان الطبيب ذميا ففى ماله، وإن كان مسلماً ففيه الروايتان، فإن لم يكن بيت مال أو تعذر تحميله فهل تسقط الديه أو تجب فى مال الجانى فيه وجهان أشهرهما سقوطه»(٢).

- وخلاصه القول أن الفقه الاسلامى اعتبر الأصول العلمية المتبعه عند أهل العلم بمهنة الجراحة فأسقط الضمان بإلتزامها وأوجبه بالخروج عنها حيث يؤكد ذلك قول أبن القيم «وان كان الخاتن عارفا بالصناعه، وختن المولود فى الزمن الذى يختن فيه مثله، وأعطى الصناعه حقها، لم يضمن سراية الجرح اتفاقا»(٣).

(١) انظر تبصره الحكام فى أصول الاقضيه ومناهج الأحكام، للأمام برهان الدين أبى الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون الملكى ج ١ ص ٥٥ الطبعة الأولى بالمطبعة العامره بمصر سنه ١٣٠١ هـ، وبهامشه العقد المنظم للحكام لابن سلمون.

(٢) انظر زاد المعاد فى هدى خير العباد لشمس الدين محمد بن أبى بكر الحنبلى ج ٣ ص ١٦٧.

(٣) انظر تحفه المولود لابن القيم ص ١٥٢.

١٧١ – ولقد أوجب الفقه الاسلامى الضمان على الجراح الذى لايتقيد بأصول المهنه المعتبره عند أداء الجراحه حيث يتحقق ذلك فى صورتين:

الأولى: اذا ماجاوزه الحد المعتبر عند أهل الأختصاص ومثاله: مجاوزه الجراح فى قطع الختان، والآفه الحد المعتبر عند أهل الأختصاص فيزيد فى قدر الجزء المقطوع.

والثانيه: إذ يقصر فى أداء الواجب. ومثاله إقتصار الجراح على أستئصال بعض الداء وترك الباقى مع قدرته على إستئصاله، ودون وجود موانع طيبه تمنعه دون قطع ذلك الجزء المتبقى(١)، ففى الحالتين يكون الجراح مخلاً بالأصول المعتبره.

وقد نص الفقهاء على إيجاب الضمان فى الصوره الأولى وهى التى يجاوز فيها الجراح الحد المعتبر بقولهم «ويستفاد من مجموع الروايتين إشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان»(٢).

– والنص السابق يوضح لنا أنه إذا ماتجاوز الجراح أثناء الجراحه ولم يلتزم بالأصول العلميه الثابته لتلك الجراحه فإنه يضمن.

كما نص الفقهاء على ضمان الجراح فى الصوره الثانيه وهى التقصير بقولهم «وان ختن الأجير حرا أو قصده أو حجمه بلا تقصير، وكذا إن كان

(١) انظر د/ محمد الشنقيطى مرجع سابق، ص ٤٩٦.

(٢) انظر تكمله البحر الرائق للشيخ محمد بن حسين بن علي الطورى ج ٨ ص ٣٣ المطبعة العلميه – مصر سنة ١٣١١ هـ وجاء فى المغنى والشرح الكبير لابن قدامه ج ٦ ص ١٢ «واما إذا كان حاذقا وجنت يده مثل ان يتجاوز قطع الختان إلى الحشفه، أو إلى بعضها، أو قطع فى غير محل القطع، أو بقطع السلعه من إنسان فيتجاوزها، أو يقطع باله يكثر ألمها، أو فى وقت لايصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله» وهذا النص يوضح لنا وجوب الضمان على الجراح إذا تجاوز الحدود المعتبره فى عمله الجراحى.

المفعول به ذلك بمبدأ ولاتقصير فمات، لم يضمن لعدم ثبوت اليد على الحر، ولعدم التفريط فى غيره»(١).

ويمفهوم المخالفه من النص السابق أنه لو قصر الجراح فى أداه العمليه الجراحيه ضمن ويشهد لذلك ماجاء فى النص من بيان علة الحكم فيه بعدم التضمين «لعدم التفريط».

المبحث الثانى

مسئوليه الجراح الناشئة عن خطئه الشخصى

١٧٢ - تمهـــــيد :

إن الخطأ واحد فى نوعى المسئوليه سواء كانت عقديه أم تقصيريه حيث عرّف الفقه الخطأ بصفه عامه بأنه «تقصير فى مسلك الشخص لايقع من شخص يقظ وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالمسئول»(٢).

ولذا فإن الخطأ الطبى الذى يكون أساس مسئولية الجراح من فعله الشخص يمكن تعريفه بأنه «تقصير فى مسلك الجراح لايقع من جراح وجد فى نفس الظروف الخارجيه بالجراح المسئول».

(١) انظر أسنى المطالب شرح روض الطالب، للامام أبى زكريا الأنصارى، ج ٢ ص ٤٢٧ طبع بالمطبعة الميمنيه بمصر ١٣١٣ هـ بهامشه حاشية الشهاب الرملى.

(٢) انظر د/ محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسئولية المدنيه فقره ٤ ومابعدها طبعة ١٩٧٨م - د/أحمد شوقى عبدالرحمن، مضمون الألتزام العقدى فقره (١)

MAZEAUD, (H.L.) et Tunc (A) : Traité théorique et pratique de la responsibilité civile délictuelle et contractuelle" paris 1965, T,1, N.669.

PLANIOL (M) et RIPERT (G) : Traité jpratique de droit civil fracnçais. T.1 X 1V, paris 1925-1934. No.377, 385.

فالأصل: أن مسئولية الجراح لاتثور إلا إذا أعتبر فعله خروجاً على القواعد الفنيه، والأصول العلمية الثابته فى علم الطب، إذا إتسم مسلكه بالجهل أو الأهمال الذى لايصدر من جراح فى مستواه المهنى سواء كان هذا فى مرحلة الأعداد للعملية الجراحية أو أثناء إجرائها أو فى العناية اللازمة بعد اجرائها.

- ولذا فإن مسئوليه الجراح بصفه عامه تخضع للقواعد العامه، فيسأل عن كل خطأ ثابت فى حقه على وجه التحقيق (١)، سواء كان خطأ فنياً أم عاديا، وسواء كان يسيراً أم جسيماً، حيث قضت المحاكم(٢)، أنه يجب التشدد فى مسئولية الأخصائيين ومنهم الجراحين - بإعتباره أخصائى جراحه - حيث يطالب ببذل عنايه اكبر من التي يطلب بها الأطباء العموميون، لأن واجبهم الدقه فى التشخيص والاعتناء وعدم الأهمال عند اجراء الجراحه.

١٧٣ - كما أن الجراح فى عيادته الخاصه يكون المسؤول الوحيد عن مريضه، ويجب أن يعتنى به وإن كان يستطيع أن يطلب مساعده من الغير، فإن من يلجأ اليهم من غير الأطباء إنما يكون من أجل تقديم مساعده محدوده، فهم يكونون مجرد أدوات لتنفيذ تعليماته، وعاده مايتعلق بأعمال بسيطه

---

(١) Visenet: "Faute évidente ou caractérisée " paris 1934. p.126 ed.

(٢) حكم محكمة جنح الأزبكيه رقم ١٠٥٤/١٩٦٧م جنح بتاريخ ٢٦/٦/١٩٦٩م فى قضية الدكتور/يحيى الجمال، فقالت بعد أن عرضت مارأته خطأ فى مسلك الطبيب المتهم: «...وبالأخص وأنه أخصائى فى فنه يطالب ببذل عناية أكبر من التى يطالب بها الأطباء العموميون، فالمريض لايلجأ إلى الأخصائى عادة إلا بناء على نصيحة الطبيب المعالج الذى يقرر أن حالة المريض تستدعى عناية من شخص له دراية خاصه، فالأخصائى يجب أن يكون على إلمام تام بأصول فنه، ويجب أن يتوخى غاية الحذر فى أمور علاجه، وقد قضى أنه بالنسبه للأطباء الأخصائيين، فإنه يجب استعمال منتهى الشده معهم وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان يسيراً...».

انظر ايضا حكم محكمة أستئناف القاهره فى ٢/١/١٩٢٦ - المحاماه ١٦ - ٧١٣ - ٣٢٤.

أثناء الجراحه كمناوله مشرط أو مقص له أثناء العملية الجراحية... الخ، ولذا فإن الرؤية الكامله عن العملية الجراحية التى يقوم بها الجراح مع مساعديه، إنما تكون له وحده والذى من خلالها يستطيع اتخاذ القرارات الملزمه لمساعديه، وبالتالى فإن أى خطأ يقع من الجراح أو من مساعده إنما يكون الجراح مسئولا عنه حتى ولو كانت قراراته صحيحه للمساعد، وينفذه المساعد بطريقه سيئه لأن تنفيذ المساعد لعمله يجب أن يتم فى حضور الجراح وتحت رقابته المباشرة طالما أن الذى يقوم بها مجرد مساعد طبى(١)، ولذا يستطيع الجراح أن يتدخل فى هذا العمل لحظه تطبيقه لتصحيح الخطأ الذى قد يرتكبه مساعده حيث تعطيه القواعد العامه القانونيه هذا الحق بل تفرضه عليه كواجب قانونى (٢)– من خلال مايملكه من حق الرقابه والأشراف على مساعديه – ومن باب أولى فإن الجراح يكون مسئولا عن الخطأ الذى يقع من المساعد إذا قام بتنفيذ أمر غير صحيح صادر من الجراح، حيث يكون الخطأ هنا هو خطأ الجراح الذى أصدر الأمر وليس خطأ من قام بالتنفيذ(٣).

– هذا وقد ذهب جانب من الفقه(٤) والقضاء(٥) إلى القول بأن مسئولية الجراح عن فعل مساعده إنما هى مسئولية عن فعل الغير طبقا للمادة ٥/١٣٨٤ مدنى فرنسى – والتى تقابلها المادة ١٧٤ مدنى مصرى.

---

(١) انظر د/ محسن البيه، مرجع سابق، ص ٦٤.

(٢) VILAR (C) L'evolution des responsibilités du chirurgien et de l'anésthesiste. R.T. 1974. p.744.

(٣) Pairs 6 juin, 1923, Dalloz, 1924, 2, 167.

(٤) R.SAVATIER: L'evolution de la responsibilité du médecin anésthesiste, chaiers laennec, Juin 1938, No.2 . p53.

(٥) Bourges, 2 févr. 1938. Gazette de palais, 1938, 1, 723.

ولكن هذا الرأى من وجة نظرنا غير صحيح لأن ماينسب إلى الجراح إنما هو خطأ عن فعله الشخصى المتمثل أساساً فى قصورة فى الرقابة والإشراف على المساعد وفقا للقواعد العامه حيث تفرض عليه واجب قانونى بضرورة قيام المساعد بعمله فى حضوره وتحت اشرافه، وإلا كان مخطئاً خطأ شخصياً يستوجب مسئوليته الشخصيه عن هذا الخطأ، علاوة على أن فى تمسك المريض بمسئولية الجراح عن فعله الشخصى مايعفى المريض المضرور من عبء إثبات وجود رابطة تبعية بين الجراح وبين المساعد فإثبات هذه العلاقة كثيراً مايكن صعباً.

طبيعة مسئولية الجراح الشخصية :

١٧٤ – هذا ومسئوليه الجراح عن خطئه الشخصى إما أن يكون مصدرها العقد المبرم بين المريض والجراح حيث يتولى الأخير إجراء الجراحه بناء على طلب مريضه وبموجب اتفاق صريح أو ضمنى بينهما فهنا تكون مسئوليته مسئولية عقديه(١)، أما إذا كان تدخل الجراح بسبب ظروف اضراريه

---

(١) Colin (A) et Capitant (H) : Cours elementaire de droit civil français- 2- (1) No. 928.

Planiol, Ripert et Esmein : Traite de droit civil T6 paris 1952. N. 524.

Josserand (louis) : Cours de droit civil positif francçais T2 No. 1287.

J. Mazen : "La responsibilité médicale" 1934. p.32 ed.

تعليق دينيس (Denisse) فى داللوز الدورى ١٩٢٠ – ١ – ٢٠ نقض فرنسى (عرائض) ١٩٣٧/٦/١٥م سيرى – ١٩٣٨ – ١ – ٥ – نقض فرنسى ١٩٣٦/٥/٢٠م داللوز ١٩٣٦ – ١ – ١٩٦ ومعه مذكرة النائب العام P. Matter وتقرير المستشار جوسران وتعلق بتوقيع E.P.

وقد كيفت محكمه النقض المصريه فى حكم لها بتاريخ ٢٦ يونيه ١٩٦٩ مسئولية الجراح والطبيب الذى أختاره المريض أو نائبه لعلاجه بأنها مسئوليه عقديه وقررت أن ألتزام الطبيب (الجراح) ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، وأنما هو التزام ببذل عناية إلا أن العنايه المطلوبه منه تقتضى أن يبذل المريضه جهوداً صادقه يقظه تتفق – فى غير الظروف الأستثنائيه – مع الأصول المستقره فى علم الطب (مجموعة أحكام النقض ٢٠ – ١٠٧٥ – ١٦٦).

واستوجبت تدخل الجراح الفورى لانقاذ المريض الذى اصيب فى حادث مثلا دون أن يحصل منه على إذن مسبق أو من وليه أو أحد أقاربه فإن مسئولية الجراح هنا تكون مسئولية تقصيريه نظراً لعدم وجود العلاقة التعاقديه بينه وبين المريض. حيث يعتبر عمل الجراح هنا من قبيل الفضاله.

وتعتبر مسئوليته أيضا تقصيريه حتى ولو كان تدخله بناء على دعوه من الجمهور لأنه لا محل هنا للقول بوجود علاقه مع الجراح لأن دعوه الجمهور هنا مجرد رجاء إلى الجراح لكى يعتنى بالمصاب، وبالتالى يعتبر تدخل الجراح فى هذه الحالة من تلقاء نفسه لأن دعوة الجمهور هنا دعوه تلقاها الجراح من غير ذى صفه وهى من قبيل الفضاله.

- **معيار الخطأ الطبى للجراح:**

١٧٥ - قضت محكمة النقض الفرنسيه فى بيان معيار خطأ الطبيب (الجراح) الذى يسبب مسئولية الجراح بقولها «بأن أى درجة من درجات الخطأ تكفى لقيام مسئولية الطبيب الجراح المهم هو أن يثبت ذلك بشكل يقينى وقاطع ولاحاجه مطلقا لإثبات الخطأ الجسيم» (١).

كما قضت محكمة النقض المصريه فى بيان معيار مسئولية الجراح والطبيب بقولها «... فيسأل الطبيب - الجراح - عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لايقع من طبيب - جراح - يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجيه التى أحاطت بالطبيب - الجراح - المسئول....»(٢).

---

(١) Civ 30/10/1963- Dalloz - 1964-81- Civ 20/5/1936, Dalloz, 1936-1-88. Civ 24/6/1938 Gazette de palais, 1938-2-721.

(٢) انظر نقض مدنى مصرى ١٩٦٩/٦/٢٦م رقم ١١١ السنه ٣٥ س ٢٠ ص ١٠٧٥، وأستئناف مصر ٢ يناير ١٩٣٦، المحاماه، ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣.

١٧٦ – ومن التطبيقات القضائية بشأن مسئولية الجراح عن فعله الشخصي:

– حكم بمسئولية الجراح الذى لم يتأكد من حسن استقرار مريضة على منضده الجراحه، الأمر الذى ترتب عليه تشوه فى زراعها لاصابتها ببدايه شلل حيث كان ينبغى عليه التأكد من سلامة المنضده وآلات تثبيت المريض(١).

– كما حكم بمسئولية الجراح الذى خلط بين الجانب الأيمن والجانب الأيسر فى الفحص بالأشعه لأنه ارتكب اهمالا بوجب مسئوليته(٢).

– كما قضى بمسئولية جراح الأسنان لعدم اتخاذه الأحتياطات اللازمه لتفادى، رد فعل المريض، فهو المسئول من انزلاق الآله التى يستعملها أثناء تدخله بسبب الحركة المفاجئه للمريض فذلك أمر متوقع ومن الممكن تفاديه(٣).

– كما قضى بمسئولية الجراح الذى يهمل فى رعاية مريضه بعد اجراء الجراحه له، الأمر الذى أدى إلى حدوث مضاعفات له (٤) ومن أمثله ذلك اعتبار الجراح مخطئا لعدم مراعاته وضع سيقان المريض فى الوضع المناسب الذى يتفق مع العملية الجراحيه التى أجراها له فى الأعصاب، ولم يلفت نظر المريض إلى هذا مع مافى ذلك من أهمية كبيره في نجاح العملية الجراحيه أو فشلها(٥).

١٧٧ – ومن التطبيقات القضائيه التى قضت بعدم مسئولية الجراح، لأن سلوكه كان بعيداً عن الخطأ طبقا لمعيار الخطأ السابق الإشارة اليه(٦):

---

(١) Aix, 10/11/1953- Dalloz 1954-2.

(٢) Sien 25/1/1949, Gazette de palais, 1949-1-217.

(٣) Paris 4/5/1963. Dalloz, 1964-36.

(٤) Civ 10/6/1981, semaine, juridique 1981-1-1914. note chaba.

(٥) Nimes 20/10/1953, Dalloz 1953-32.

(٦) انظر فى هذا البحث بند ١٧٥ ص٢٠٨

ماقضت به محكمة النقض الفرنسيه بقولها «أنه لايوجد خطأ إذا اجرى الجراح عملية لمريض مصاب بمرض فى عينيه، وقام بتخدير أحد الأعصاب ونتج عن ذلك شلل تام لعصب العين وذلك إذا كانت الطريقة المستعمله بقيت موجوده ولكن تركت لاخوفاً من خطورتها، ولكن لعدم قبول المرضى لها وخوفهم منها»(١).

كما قضت محكمة الأسكندرية الأبتدائية: بعدم مسئولية الجراح طالما أتبع فى العلاج كل الوسائل الممكنه والتى تتفق مع الأصول العلمية الفنية، وأن سبب عدم نجاح العملية يرجع إلى حالة المصاب بوجه عام (٢).

- ومما يجدر الإشاره إليه أن القضاء فى مصر أو فرنسا - كما ذكرنا من قبل(٣). قد أعفي الطبيب والجراح من المسئولية فى حالة توافر الظروف الأستثنائية المتمثله فى القوة القاهره أو حالة الضرورة كأن يوجد الجراح فى ظروف شاذه تستدعى سرعه أجراء العملية، ولم يتمكن بسببها من إتخاذ الاحتياطات التى توجبها الأصول الفنيه الطبية الثابته فى الأحوال العاديه.

١٧٨ - موقف الفقه الإسلامى من ضمان الجراح لفعله الشخصى:

لقد أقر الفقهاء فى الشريعة الأسلامية ضمان الجراح الذى يكون عالماً بالمهمه التى يقوم بها، ويتقيد بأصولها، ولكن يرتكب خطأ أثناء العمل، حيث يتضرر المريض بفعل غير مقصود من قبل الجراح وليس من جنس العمل الطبى ومثال ذلك: أن تتحرك يد الجراح بلاشعور منه فيقطع شريانا أو يجرح موضعاً فيتضرر المريض منه. فهذا الفعل يعتبر من

---

(١) Civ 13/5/1959, Dalloz 1959-343.

(٢) انظر حكم محكمة الأسكندرية الأبتدائية الصادر بتاريخ ١٩٨١/٧/٨م رقم ٢٢٦ كلى - مشار إليه عند د/ حسن زكى الأبراشى، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٣) انظر فى هذا البحث بند ١٦٧، ١٦٨ ومابعده ص ١٩٦ ومابعدها.

جناية الخطأ يلتـزم الجـراح بضـمـانه، وذلك إسـتناداً إلى قـوله تعـالى **﴿وماكان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾**[1].

ووجه الدلالة من الآية أنه يجب ضمان النفس المتلفه خطأ. وهذا النص عام يشمل الأطباء والجراحين وغيرهم.

وقد نص الفقهاء على وجوب تضمين الجراح الذى أخطأ فأدى خطؤه إلى التلف أو حدوث ضرر لحق بالمريض بقولهم «وأجمعوا على أن قطع الخاتن إذا أخطأ فقطع الذكر والحشفة أو بعضها فعليه ما أخطأ به بعقله عند العاقله»[2].

---

(١) سورة النساء (٤) آيه ٩٢.

(٢) انظر الاجماع، للإمام أبى بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر ص ٧٤ طبع دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، انظر د/ محمد الشنقيطى ، مرجع سابق، ص ٤٩٩/٥٠٠، انظر تحفه المودود، لابن القيم، ص ١٥٢.

المبحث الثالث

مسئولية الجراح عن خطأ الفريق الجراحي

١٧٩ – لكى نوضح مدى مسئولية الجراح عن الخطأ الذى يقع من الفريق الطبى الذى يشترك معه فى إجراء العملية الجراحية يجب أن تفرق بين حالتين:

الأولى: تلك التى يتولى فيها الجراح – الذى تعاقد مع المريض – بنفسه تشكيل وأختيار الفريق الطبى الذى يعاونه فى إجراء الجراحة دون تدخل من المريض.

والثانية: وهى التى يكون فيها تشكيل الفريق الطبى وأختياره قد تم بمعرفة المريض دون تحديد من يتولى الإشراف على هذا الفريق الطبى.

ولذا ستتولى بيان وشرح مدى مسئولية الجراح عن خطأ الفريق الطبى تجاه المريض فى الحالتين على الوجه الآتى:

١٨٠ – أولا: مسئولية الجراح عن خطأ الفريق الطبى الذى يتولى تكوينه واختياره بنفسه دون تدخل من المريض واستناداً إلى الرابطه العقدية بينه وبين المريض:

إنه فى هذه الحالة تقوم رابطة عقدية «عقد العلاج الطبى» بين الجراح والمريض، يكون بمقتضاها الجراح ملتزماً بإجراء الجراحة للمريض، حيث يقوم الجراح بتشكيل فريق جراحى للعمل معه أثناء إجراء الجراحة، فإذا ماوقع خطأ من أحد أفراد الفريق الطبى أدى إلى حدوث ضرر بالمريض فإن الجراح يكون مسئولا عن هذا الخطأ تجاه المريض على أعتبار أنه مسئول عن فعل الغير تلك المسئولية التى ارتبطت بتطور فكرة الفريق

الجراحى وذلك وفقاً للمادة ١٣٨٤/٥ مدنى فرنسى، والمادة ١٧٤ مدنى مصرى.

ولكن إذا كان الجراح مسئولاً عن خطأ الفريق الجراحى فى هذه الصورة - سواء أمكن تحديد الشخص الذى وقع منه الخطأ أم أنه خطأ شائعاً لم يمكن تحديد مصدره - على إعتبار أنه رئيس الفريق الجراحى الذى قام بإختياره دون تدخل من المريض، **فما هو الأساس القانونى الذى يمكن الأستناد إليه للقول بمسئولية الجراح عن خطأ الغير (الفريق الجراحى) تجاه المريض؟.**

لقد أختلف الفقه والقضاء فى تحديد الأساس القانونى الذى يمكن الأستناد إليه فى القول بمسئولية الجراح عن فعل الغير مابين قائل بمسئولية تقصيريه استناداً إلى الأخذ بفكرة مسئولية المتبوع عن فعل تابعه ومابين قائل بالمسئولية العقديه عن فعل الغير استناداً إلى علاقته العقديه مع المريض المضرور ويمكن لنا استعراض رأى الفريقين على الوجه الآتى:

١٨١ - **الفريق الأول:** ذهب إلى القول بأن مسئولية الجراح تجاه المريض عن خطأ الفريق الجراحى الذى أختاره للعمل معه إنما هى مسئولية تقصيرية على إعتبار علاقة التبعية بين الجراح، والفريق الجراحى بإعتباره رئيس الفريق الجراحى حيث يكون الجراح فى هذه الحالة متبوعاً - لأنه فى غرفة العمليات يكون فى مركز من يوجه منه الأوامر والتعليمات إلى تابعه (الفريق الجراحى) (١)- فالجراح بإعتباره متبوعاً والفريق الجراحى تابعاً فيكون مسئولا مدنيا تجاه المريض(٢) على أساس ثبوت رابطة التبعية بين

---

(١) انظر د/ أحمد شوقى عبدالرحمن، مسئولية المتبوع بإعتباره حارساً، بند ٤٤ ص ٤٣ طبعة ١٩٧٦م.

(٢) Paris 22 juin 1943, Gazette de palais 1943,2,90.

Savatier : Traité de la responsibilité civil 2e éd, T.2.145.p. 34, N.796.

الجراح والفريق الجراحى حيث يكون الجراح هو الذى تولى تعيين الفريق الجراحى من أجل خدمته ومساعدته فى العمل الجراحى، فيتحمل حينئذ مخاطر مايرتكب منه من أخطأ حيث يفترض أن الجراح قد أخطأ فى الإشراف على الفريق الجراحى الذى يعمل تحت إشرافه ورقابته. بالإضافه إلى خطئه فى إختيار أعضاء الفريق الطبى(١).

وقد أتجهت محكمة النقض الفرنسيه فى بعض أحكامها نحو مسايرت هذا الأتجاه حيث قضت بعد استعراض وقائع القضيه - التى قضت فيها محكمة استئناف باريس -، والتى قامت فيها رئيسة الممرضات بحقن المريض من أجل تخديره قبل إجراء العملية الجراحيه له مباشرة، حيث حدث شلل فى ذراع المريض، فقاض المريض الجراح حيث قضت محكمة استئناف باريس بمسئولية الجراح طبقا للمادة ١٣٨٤/٥ مدنى فرنسى والتى تنظم مسئولية المتبوع عن أفعال التابع - وأيدت محكمة النقض هذا الحكم قائلة «... وبسبب رابطة التبعية الموجودة بين الجراح والممرضة فإن المسئولية عن أفعال هذه الأخيره التى تقع عادة على عاتق المستوصف، تكون فى هذه الحالة محولة إلى عاتق الجراح، بإعتباره متبوعاً عرضيا"(٢).

ونرى أن محكمة النقض أسست حكمها السابق على أساس المسئولية التقصيرية حيث توجد علاقة التبعية بين الجراح، وأعضاء الفريق الطبى.

---

(١) **Jean-Pierre Karaquilla** : Les responsibilité civiles médicalex. decoulant de l'acte d'anaesthésie, D, 1974, p.183 sur tout no, 5.

(٢) Civ, 15 nov, 1955, Dallox, 1956, 113, note Savatier- J.C.P. (semaine juridique) 1956,11, 9106, note Radiére.
Versailles, 11 déc 1970. J.C.P. 1970, 1, 11, 16755 note, N.S.
وقد أشار إليه د/ محسن البيه، مرجع سابق، ص ٦٩.

١٨٢ - أما الفريق الآخر:

فقد ذهب إلى القول بأن مسئولية الجراح فى حالة قيامه بتكوين الفريق الجراحى دون تدخل المريض، وبناء على الرابطة العقديه بينهما، إنما تكون مسئولية عقدية عن فعل الغير، حيث انتقد أصحاب هذا الرأى فكرة اللجوء إلى المسئولية التقصيرية، كأساس لمسئولية الجراح عن الفريق الطبى تجاه المريض - فى ظل وجود الرابطة العقدية بين الجراح والمريض - إعتماداً على توافر رابطة التبعية بين الجراح والفريق الطبى، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ القانونية المستقره فى تحديد نطاق كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية، وتمنع الخيرة أو الجمع بينهما، لأنه فى الواقع أن المسئولية التقصيرية للفريق الطبى تجاه المريض، مرتبطة على نحو ما بالعلاقة العقدية بين الجراح والمريض، ومن الواضح أنه فى حالة المسئولية العقدية عن فعل الغير يكون الضرر الذى أحدثة الغير متعلقا بالعقد، وهذا لايمنع من أن تكون المسئولية عقدية فى العلاقة بين الجراح - وهو المسئول عن الفريق الطبى - والمريض المضرور المتعاقد معه(١).

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسيه هذا الأتجاه فى بعض أحكامها حيث أقرت بأن مسئولية الجراح عن فعل الغير إنما هى مسئولية عقدية(٢).

ولذا نجد أن أنصار هذا الأتجاه ذهبوا إلى القول بأن مسئولية الجراح فى حالة قيامه بتكوين الفريق الطبى دون تدخل من المريض، وبناء على الرابطة العقدية بينهما، أنما تكون مسئولية عقدية عن فعل الغير، أما إذا لم توجد رابطة عقدية بينهما فإن مسئولية الجراح هنا تكون مسئولية تقصيريه عن فعله الشخصى وأيضاً عن فعل الفريق الطبى إستناداً إلى

---

(١) SAVATIER: note sous, Paris 14 févr 1958, précite.

انظر د/ اسامه قايد، مرجع سابق، ص ٧٦ بند ٤٥.

(٢) Civ 18 oct, 1960, 11846, note R.Savatier.

توافر رابطة التبعيه بينه وبين الفريق الطبى بإعتباره رئيساً لهذا الفريق داخل غرفة العمليات[١].

١٨٣ - **ونرى**: أن الرأى الأخير لهوا الراجح لإتفاقه مع المبادئ القانونية المستقره والتى تقر عدم جواز الخيره بين المسئوليتين التقصيريه والعقديه، وعدم الجمع بينهما، علاوة على أن فى القول بتأسيس مسئولية الجراح عن خطأ الفريق الطبى على أساس المسئولية التقصيريه - فى ظل وجود العلاقة العقديه بين الجراح والمريض استناداً إلى رابطة التبعيه بين الجراح والفريق الطبى مايشكل صعوبة تجاه المريض حيث سيضطر إلى ضرورة اثبات توافر هذه التبعيه بين الجراح والفريق الطبى، وكثيرا من الأحيان يكون الأثبات صعبا على المضرور - بعكس القول بتأسيس مسئولية الجراح تجاه فعل الفريق الطبى على أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير حيث ستكون مهمة المريض المضرور سهله ويسيره لأنه لن يلتزم بإثبات وجود رابطة التبعيه.

بالإضافه إلى أننا فى القول بالمسئولية العقديه عن فعل الغير للجراح عن فعل الفريق الطبى من شأنه أن تضمن من الجراح دقه ويقظه مدركة. تجاه الفريق الطبى الذى يعمل معه طالما أنه سيكون المسئول عن الخطأ الذى يقع من الفريق الطبى دون حاجة إلى إثباته حيث يفترض الخطأ فى جانبه طبقاً للمسئولية العقديه، ولذا فإنه يمكن القول بأن الجراح الذى ابرم عقد العلاج مع المريض يكون مسئولا مسئولية عقديه سواء كان الضرر الذى لحق بالمريض ناتجاً من فعله الشخصى، أو من فعل الفريق الطبى الذى أختاره للعمل معه فى العملية الجراحية على أساس المسئولية العقد عن فعل الغير وفقا للمبدأ العام لأنه هو الذى أبرم العقد الرئيسى

---

(1) Versaille, 11 déc, 1970, J.C.P. 1971,11, 16755, note N.S.

مع المريض بقصد اجراء الجراحة ومستلزماتها وخاصة فى ظل توافر شروط قيام المسئوليه عن فعل الغير[١] والتى تحققت فى الصورة التى تحدد وجودها وذلك من ناحية وجود العقد الصحيح بين الجراح والمريض، قيام الجراح بإختيار الجراحين فى الفريق الجراحى وتكليفهم بتنفيذ كل أو بعض التزاماته تجاه المريض الناشئه عن العقد بينهما، ووقوع خطأ من الجراحين المساعدين له فى تنفيذ الألتزام بالجراحه نتج عنه ضرر للمريض، **ويمكن تبرير الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير** بأنها تقوم على أساس وجود التزام مصدره القانون يفرض على المدين «الجراح» ضمان أخطاء الجراحين الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزاماته التعاقديه المتمثله فى إجراء الجراحه[٢].

وبالتالى يمكن للمريض فى هذه الحاله ان يستعيد من مسئولية تضامميه بين الجراح، وأعضاء الفريق الجراحى الذى يعمل معه فى الجراحه[٣].

ولكن مامدى مسئولية الجراح عن خطأ الفريق الطبى الذى قام بتشكيله المريض دون أن يحدد من يرأس الفريق الطبى أى دون أن يجعل للجراح رئاسة هذا الفريق؟.

ان الأجابة عن هذا التساؤل تكون على الوجه الآتى:

---

(١) انظر د/ حسن ابوالنجا، المسئولية العقدية عن فعل الغير «أساسها وشروطها» دراسة مقارنة، ص ٦٥ ومابعدها طبعة ١٩٨٩م مكتبة دار الثقافة الجامعيه بالقاهرة.

(٢) انظر فى الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير د/ حسن أبوالنجا، مرجع سابق، ص٤٢ ومابعدها.

(٣) انظر د/ محسن البيه، مرجع سابق، ص ٨٧.

١٨٤ - ثانيا: مدى مسئولية الجراح فى حالة قيام المريض بإختيار الفريق الجراحى الذى يتولى إجراء الجراحة دون أن يسمى رئيسا للفريق الجراحى:

ذكرنا سابقا[١] أنه إذا وجد عقد طبى واحد بين المريض والجراح، وقام الأخير بتكوين الفريق الجراحى الذى يعاونه دون تدخل من المريض، فإن الجراح يكون مسئولا تجاه المريض بناء على الرابطة العقدية بينهما، وبالتالى يكون مسئولا عن أخطائه الشخصيه، وأخطاء الفريق الجراحى بإعتباره مسئولا عقديا عن فعل الغير.

أما فى الصوره الثانية والتى يتشكل الفريق الجراحى فيها بمعرفة المريض - دون أن يسمى رئيساً لهذا الفريق الجراحى، حتى يكون مسئولا عن أخطاء الفريق كما فى الصورة الأولى - فقد يحدث ضرراً يلحق بالمريض أثناء العمل الجراحى، فإننا سنكون أما مسئولية عدة جراحين عن ضرر وقع للمريض لأن ماتم تنفيذه من أعمال جراحيه كانت مترابطة، ولايمكن الفصل بينها، **فما مدى مسئولية الفريق الجراحى تجاه المريض المضرور والذى تربطه بالفريق رابطة عقدية؟.**

- إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضى منا التمييز بين حالتين:

الأولى: إذا أمكن تحديد الجراح الذى أحدث الضرر بخطئه فإنه يكون مسئولا عن خطئة الشخصى تجاه المريض، وتكون مسئوليته هنا مسئولية عقدية، كما ذكرنا من قبل[٢].

---

(١) انظر فى هذا البحث بند ١٨٣ ص٢١٦/٢١٧.

(٢) انظر فى هذا البحث ص ٢٠٤ ومابعدها بند ١٧٢ ومابعده.

١٨٥ – أما الحالة الثانية: والتى تعتبر لُبْ الموضوع هى التى لايتمكن فيها القاضى من تحديد الجراح الذى أرتكب الخطأ وتسبب فى الضرر الذى لحق بالمريض، أى كان الخطأ شائعاً بينهم، واستحال على القاضى تحديد نصيب كل جراح من الخطأ فى الفريق الطبى «الجراحى»، الذين ساهموا فى العملية الجراحية.

فهل يسأل الفريق الجراحى عن هذا الخطأ الشائع تجاه المريض؟ وهل تكون المسئولية هنا على أساس المسئولية الفرديه أم على أساس مسئوليته الفريق بإعتبار أن الفريق الجراحى محدد وله كيان قانونى واحد هو الفريق الطبى؟.

– اتجه القضاء إلى القول بمسئولية الفريق الجراحى، ولكن نجد أن معظم أحكامه اتجهت إلى الأخذ بفكرة المسئولية التضامميه[1] بين القائمين على العمل الجراحى، حيث لم يعترف القضاء صراحة بفكرة الفريق الطبى[2].

---

(١) يطلق على الالتزام التضاممي في القانون الفرنسي "obligation autatal" او "obligation msolidum"، ويؤثر الأستاذ الدكتور السنهوري أن يسمي الالتزام التضاممي ليقابل الالتزام التضامني، بأنه التزام يقوم على تعدد المدنيين، مع التزام كل منهم أمام الدائن بالدين كله، وتكون ديونهم متميزة عن بعضها البعض، لتعدد مصادرها وإن تمثلت في ادعاءات متماثلة، حيث تتجه جميعاً إلى غرض واحد، وهو إشباع حاجة الدائن، ويقع ذلك إما بالصدفة، وإما إثر ظروف لادخل للدائن بها. أنظر :

F. Chabas, "remarques sur l'obligaiton "in s'olidum", R.T. 1967.p.310

وأنظر لمعرفة الالتزام التضامني والتضاممي بالتفصيل د/ محسن البيه، التضامن والتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية مقارنة بالقضاءين الفرنسي والمصري– طبعة مكتبة الجلاء– المنصورة سنة ١٩٩٠. السنهوري الوسيط ج٣ المجلد الأول، أوصاف الالتزام والحوالة ط٢ ١٩٨٣ ص٣٢٢، حاشية رقم (٢).

(٢) Civ 9 mai 1973 J.C.P. 1974, 11, 17643- Civ 9 juil 1463, S. 1964,129- Crim, 22 juin 1972 J.C.P. 1972.11, 17265.

- والواقع أنه فى هذه الصورة تقوم روابط عقديه متعددة بين المريض وكل جراح فى الفريق الجراحى، وبالتالى تكون أمام تعدد المسئوليات، ولكن التمسك بمسئولية هذا العضو أو ذاك فى نطاق فكرة المسئولية التضامميه التى أخذ بها القضاء، قد يفضى إلى إعفاء أعضاء الفريق الجراحى من المسئولية وخاصة فى حالة عدم إمكان تحديد المسئول بينهم عن الخطأ[١].

- وأمام هذه الصعوبه فى حالة الخطأ الشائع، وعدم إمكان تحديد نصيب كل جراح فى مساهمته فى الخطأ اتجه البعض من الفقه إلى القول بالأخذ بفكرة مسئولية الفريق الجراحى «الطبى»، لأنها سوف تحسم مشكلة تحديد من يكون مسئولا فى أى وقت من أوقات العملية الجراحية، وبالتالى تجنبنا الأخذ بفكرة المسئولية التضامميه التى قد لاتحقق الغرض المطلوب من تحديد مسئولية كل جراح فى الفريق الطبى، بل قد تؤدى إلى إعفاء الفريق الجراحى من المسئولية بالرغم من وجود الخطأ والضرر لعدم التمكن من معرفة الجراح المتسبب بخطئه فى الحاق الضرر بالمريض نظراً لشيوع الخطأ[٢].

ويرى جانب من الفقه المؤيد لفكرة مسئولية الفريق الجراحى «الطبى» بأن بعض أحكام القضاء تأخذ ضمناً بمسئولية الفريق الطبى، وخاصة عندما تعلن فى أحكامها عن المسئولية المشتركة لأعضائه[٣].

---

(1) PLANIOL (M) avec la collob de RIPERTC (G) : Traité élémenlaire de droit civil, 11, éd T.2. 1935. p.324 ets No.881.

(2) **M.Francine souliran**; "quelques réflexions suscitécs par l'exiercice de la medecine au sein d'un groupe ou d'une équipe", J.C.P. 1976,1, doctrine, 2830 No.10.

(3) T.G.1 seine 3 mars. 1963 J.C.P. 1966,11, 14582 (en matiére contractuelle).

تعـالى ﴿إنما حرَّم عليكم الميتة والدَّم ولحم الخنزير..﴾[١].

ولذا نجد أن الشريعة الإسلامية أباحت فقط التبرع بالدم لتحقيق مصالح العباد وتدرأ المفاسد عنهم.

ز- هذا ويتفق الفقه والقضاء المدني مع الفقه الإسلامي في تحقق مسئولية الجراح عن الخطأ في نقل الدم، وأن طبيعة التزام الجراح فيما يتعلق بنقل الدم من حيث سلامة النقل إنما تكون التزام بنتيجة أما من حيث الأثر المترتب على نقل الدم وهو الشفاء فإن التزامه يكون ببذل عناية.

ح- أما فيما يتعلق بمشروعية نقل الأعضاء البشرية فنجد أن القواعد العامة في القانون المدني أباحت ذلك بشروط منها ألا يترتب على النقل نقص دائم في الكيان الجسدي، وألايكون النقل مخالفاً للنظام العام أو الآداب، وأن تكون الاتفاقات بشأنها غير ملزمة أي العقد فيها غير لازم، وأن يتم النقل تبرعاً وليس بيعاً.

أما الفقه المدني فقد اختلف بشأن عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية مابين مؤيد ومانع ولقد استعرضنا هذا الخلاف في البحث[٢].

أما بالنسبة للمشرع المصري فنجد أنه منع التبرع بالأعضاء حال الحياة لأن ذلك يعد مخالفاً للنظام العام، وذلك قياساً على موقفه من إنشاء بنك العيون ومانصت عليه المادة الثانية من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م، على عكس المشرع الفرنسي الذي أباح نقل الأنسجة وزرع

(١) سورة البقرة آية ١٧٣.

(٢) أنظر بالتفصيل في هذا البحث أحكام شراء ونقل الأعضاء البشرية في القانون ص٦٧ ومابعدها بند ٥٢ ومابعده.

الإضرار بالغير[١]، ومثالها الفريق الجراحى، ومجموعات الفرق الرياضية، مجموعة الصيادين... ألخ.

١٨٧ - ولكننا نرى: بأن الحل المناسب لهذه المشكله يكمن فى إضفاء فكرة الشخصية الأعتباريه على الفريق الجراحى، وخاصة أنه يتكون من مجموعة من الجراحين بطريقة عمديه، وخاصة أن شخصية الفريق الجراحى ماهى إلا حقيقة قانونيه، لأن شخصية الفريق الجراحى قائمه على مصلحة إجتماعية ثابته، وهى تتمثل فى أن هدف هذا الفريق هو علاج المريض وهو هدف مشروع، كما أن الشخصية للفريق الجراحى تتجسد فى حد أدنى من التنظيم[٢]، حيث يوجد لدى هذا الفريق الجراحى القدرة للتعبير عن إرادته متمثلا فى رئيس الفريق الجراحى والذى غالبا مايكون كبير الجراحين، علاوة على أن هذا الفريق الجراحى يتسم بالاستقرار والدوام لأنه يسبقه إعداد، وتنظيم، وتحديد دور كل جراح فى الفريق الجراحى على نحو محدد وواضح.

وعلى ذلك فإذا ماتوافرت العناصر السابقة يمكن إضفاء الشخصية الاعتبارية على الفريق الجراحى وخاصة أن محكمة النقض الفرنسيه قد

---

(١) ABERKANE (HSSEN) : Du dommage causé par une personne indeterminée dans un groupe determiné, R.T. 1958. p.516-554- note sous civ. 5 févr. 1960. Dalloz 1960 J. 365.

وأنظر في عرض النظرية د/محمد شكري سرور، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، بند ٧٧ ومابعده ص٩٩ ومابعدها- دار الفكر العربي ص١٩٨٣م.

وأنظر في عرض فكرة الشخصية المعنوية للفريق الطبي، د/محسن البيه، مرجع سابق، ص٩٤ ومابعدها بند ٥٩ ومابعده..

(٢) CARBONNIER (Jean) : Droit civil T.1, introduciton les peusonnes. 1971 No.86, p.301.

اكدت ذلك بقولها «بأن الشخصية الاعتبارية ليست من خلق المشرع وإنما هى تخص - من حيث المبدأ - كل جماعة مزوده بإمكانية التعبير الجماعى من أجل الدفاع عن مصالح مشروعة،جديره ومن ثم بالاعتراف القانونى بها وبحمايتها»(١) وابلغ مثال لقول محكمة النقض الفرنسيه المذكور هو الفريق الجراحى «الطبى».

ونضيف إلى ذلك: بأن كل جراح عضو فى الفريق الجراحى يكون مسئولا هنا مسئولية شخصية وتضامنيه تجاه المريض بإعتباره دائنا للفريق الجراحى، وذلك لأن مسئولية الجراح فى الفريق الجراحى «الطبى» أشبه ماتكون بمسئولية الشريك المتضامن فى شركة التضامن(٢)، فالفريق الجراحى ماهو إلا صورة شبيهه بشركة التضامن التى تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وبالتالى فيمكن للمريض أن يرجع بالتعويض على الفريق الجراحى بإعتباره شخصية اعتبارية، وخاصة مع توافر شروط اكتساب الشخصية المعنوية فى هذا الفريق الجراحى سواء من ناحية توافر شرط المصلحة الاجتماعية والمشروعة التي يسعى إلى تحقيقها، بالإضافة إلى

---

(١) Civ 20/1/1954. Dalloz 1954-217 et note LEVASSEUR (G).
Civ 17/1/1955. Dalloz 1956-265 et note Houin.

حيث اعترفت المكمة في هذا الحكم لجماعة الدائنين في الإفلاس أو الأعسار بالشخصية الاعتبارية.

(٢) نص المشرع التجاري في المادة ٢٠ من القانون التجاري على أن "شركة التضامن هي الشركة التي يعقدها إثنان أو أكثر بقصد الاتجار على وجه الشركة بينهم تحت عنوان لها مكون من أسماء الشركة" ثم ينص في المادة ٢٢ على أهم خصائص شركة التضامن وهي المسئولية التضامنية للشركاء بقوله "الشركاء في شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها".

ومما سبق نجد أن الشريك في شركة التضامن مسئول مسئولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة في مواجهة الغير.

- أنظر د/محمد بهجت عبد الله فايد، القانون التجاري، الطبعة الأولى ١٩٩٠/١٩٩١- دار النهضة العربية ص٢٥٨-٣٦٢.

القابلية للدوام والاستمرار كما ذكرنا سابقاً، وقد اعترض البعض[١] بأن الفريق الطبي "الجراحي" لايتمتع بذمة مالية خاصة به، ومستقلة عن ذمة أعضائه أي أنه يتجرد من ذمة مالية خاصة به بما يعني أن التعويض الذي سوف يحكم به للمضرور على هذا التجمع، سوف تتحمله الذمم المالية الخاصة لمكونيه.

ويمكن الرد على ذلك: أن الذمة المالية المستقلة للشخص المعنوي ماهي إلا نتيجة لاكتساب بالشخصية المعنوية، وليست شرطاً في اكتساب الشخصية المعنوية.

علاوة على أنه يمكن القول بأن ذمة الفريق الجراحي، إنما هي امتداد أعضائه، وهو ما يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، حيث لايتمتع الشخص المعنوي بذمة مالية مستقلة عن ذمة أعضائه، لأن الذمة في الفقه الإسلامي لاتكون إلا للإنسان الحي فقط لأنه يترتب عليها أهلية الانشغال بالواجبات الدينية والدنيوية على السواء، ولذا عرفت الذمة بأنها "وصف شرعي يكون به الإنسان أهلاً لما يجب له، ولما يجب عليه"[٢]، ويترتب على ذلك أن الذمة لايتصور وجودها للشخص المعنوي المعروف في القانون إذ لايتطلب منه واجب ديني، ولايتصور ذلك منه، فالشخص المعنوي ليس له ذمة خاصة به، وذمته منحصره في ذمة أعضائه، ومايترتب من ديون نتيجة تصرف أحد الأعضاء في الفريق الجراحي لايتوقف وفاؤه على رأس مال الفريق الطبي بل يتجاوزه إلى أموال أعضاء الفريق الجراحي الخاصة الخارجة عن عقد إنشائه، وذلك لأن الدين عند ثبوته في ذمة أحد أعضاء الفريق الجراحي قد ثبت باعتباره مباشراً للعقد بالأصالة عن نفسه، وبالوكالة عن باقي

---

(١) أنظر د/محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص١٠٨.

(٢) أنظر الفروق للقرافي ج١ ص٢٥٢.

أعضاء الفريق الجراحي، فكان للمريض صاحب الحق في الدين المتمثل في التعويض الرجوع على أموال الأعضاء "الجراحين" الخاصة بمقدار نصيبه في التعويض أو بكل التعويض باعتباره مسئول مسئولية شخصية وتضامنية أي أن المريض يمكنه أن يرجع على أن جراح في الفريق الجراحي (الطبي بكل التعويض باعتباره متضامناً[١]. وعليه بالتالي أن يرجع على باقي الأعضاء في الفريق الجراحي بحسب نصيب كل منهم في الخطأ أو بالتساوي إذا لم يمكن تحديد نصيب كل جراح في الخطأ الذي ساهم في إحداثه بفعله وكان شائعاً - وللمريض أيضاً أن يرجع على أي جراح في أمواله الخاصة باعتباره مسئولاً مسئولية شخصية عن الأضرار التي تحدث من الفريق الجراحي في أحواله الخاصة.

كما أننا لانؤيد الاتجاه القائل بتأسيس الشخصية الاعتبارية للفريق الجراحي "الطبي" على أساس أنه شركة تخلق من الواقع على عكس شركة الواقع - التي تعتبر شركة قانونية انحلت- حيث تتولد من مجرد سلوك ذوي الشأن، وتعبر عن إرادة ضمنية[٢] للأسباب الآتية:

إن القياس على شركة الواقع لإضفاء الشخصية الاعتبارية على الفريق الجراحي قياس مع الفارق لأن شركة الواقع اكتسبت الشخصية الاعتبارية ابتداءً ثم انحلت بعد ذلك فتحولت إلى شركة واقع مع احتفاظها بشخصيتها المعنوية خلال فترة تصفيتها، بعكس الفريق الجراحي حيث لم

---

(١) وقد عبر واضعوا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري- تعليقاً على المادة ٢٣٦ من هذا المشروع حيث قرروا أنه " في حالة وقوع الفعل الضار من أشخاص متعددين، دون أن يكون في الوسع تعبين من أحدث الضرر حقيقة من بينهم... وفي هذه الحالة لايكون ثمة معدي من تقرير التضامن بينهم جميعاً" مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص٣٨٣.

(٢) M. Francine soubiran : op cit No. 18.

تتوافر فيه الشخصية الاعتبارية ابتداءً حتى يمكن القول اكتساب الشخصية الاعتبارية على أساس أنه شركة واقع.

كما أن في القول بإضفاء الشخصية الاعتبارية على الفريق الجراحي باعتباره شركة نابعة من الواقع، لايمنع من مسئولية الأعضاء عن التعويض الذي يحكم به للمريض في ذممهم المالية الخاصة وإن كنا نرى أن مسئوليتهم في ذممهم المالية إنما يرجع إلى مسئوليتهم مسئولية شخصية وتضامنية على اعتبار أن كل عضو في الفريق إنما يتصرف بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن غيره لأنها شبيهه بشركة التضامن التي تقدم على أساس الوكالة والأمانة بين أعضائها وسيتحملون نصيب العضو المعسر(١) الأمر الذي يخل بالتساوي بينهم.

---

(١) أنظر د/ محسن البيه، مرجع، ص٩٨.

الخاتمة

١٨٨- تناولنا في هذا البحث شرح وبيان أحكام العمليات الجراحية في القانون المدني والفقه الإسلامي (دراسة نظرية وتطبيقية)، حيث قسمنا منهج الدراسة في هذا البحث إلى أربعة أقسام تناولنا في **الأول** : أحكام المراحل السابقة للعملية الجراحية -دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي- ومدى مسئولية الجراح عنها. وفي **الثاني** : وضحنا أحكام الجراحات المشروعة في القانون المدني والفقه الإسلامي : حيث تناولت الدراسة في البحث ضوابط الجراحات المشروعة سواء المتعلقة بالعملية الجراحية ذاتها، والمتعلقة بالجراح، والمتعلقة بالمريض وذلك دراسة نظرية وتطبيقية ومقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي. أما **الثالث** : فاشتملت الدراسة فيه على أحكام الجراحات المحرمة وغير المشروعة دراسة نظرية وتطبيقية ومقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي. حيث وضحنا ضوابط الجراحات غير المشروعة، ثم تناولنا بيان حكم بعض صور الجراحات المحرمة (جراحة تغيير الجنس - جراحة التجميل التحسينية- الجراحة التجريبية). مع إيضاح موقف المشرع والفقه والقضاء القانوني منها ثم بيان حكمها في الفقه الإسلامي. وأخيراً **الرابع**: اشتمل على مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية سواء الناشئة عن تجاوزه للأصول العلمية الثابتة في القانون المدني والفقه الإسلامي، مسئوليته عن الفريق الجراحي الذي يعمل معه في الجراحة سواء كان تكوينه بمعرفته دون تدخل من المريض، بناء على العلاقة العقدية بيهما وتناولنا الخلاف القائم حول أساس تلك المسئولية فهل هي مسئولية المتبوع

عن تابعه "المسئولية التقصيرية"، أم مسئولية العقدية عن فعل الغير، أو تكوين الفريق الجراحي بمعرفة المريض دون أن يسمى رئيساً للفريق الجراحي، ومدى مسئولية الفريق الجراحي في تلك الحالة إذا كان الخطأ شائعاً لايعرف مصدره، وتناولنا إيضاح أساس تلك المسئولية من خلال عرض فكرة منح الشخصية الاعتبارية للفريق الجراحي.

وقد استخلصنا من البحث نتائج وتوصيات يمكن عرضها على الوجه الآتي:

١٨٩- أولاً: النتائج المستخلصة من البحث:

كانت أهم النتائج التي استخلصت من دراسة موضوع البحث في ضوء التقسيمات الأربع السابقة هي على الوجه الآتي:

١- النتائج المستخلصة من "المراحل السابقة للعملية الجراحية في القانون والفقه الإسلامي" :

أ- ذهب الفقه القانوني إلى القول بأن الفحص الطبي هو الفحص الظاهري للمريض، ولكن نرى أن الفحص الطبي هو مايقوم به الجراح للمريض ظاهرياً وتكميلياً[1] أي ابتدائياً وتكميلياً للوصول إلى حاجة المريض، وهذا مايتفق مع الفقه الإسلامي حيث لايتعارض الفقه القانوني مع الفقه الإسلامي في ضرورة إجراء الفحص للمريض قبل إجراء الجراحة، وهو أمر مشروع في الفقه الإسلامي.

ب- لقد اختلف المشرع القانوني مع حكم الفقه الإسلامي فيما يتعلق بحكم فحص النساء قبل إجراء الجراحة بواسطة الجراحين فالأصل

(١) أنظر بالتفصيل في هذا البحث ص١٣ ومابعدها بند ٦،٧.

القانوني في تلك المسألة: هو الإباحة المطلقة في قيام الأطباء الجراحين بفحص النساء بلاضوابط محددة في هذا الشأن بعكس الفقه الإسلامي: الذي جعل الأصل هو حرمة الفحص الطبي للنساء بواسطة الأطباء الجراحين إلا لضرورة مصداقاً لقول النبي ﴿ ﷺ ﴾ «لاينظر الرجل إلى عورة الرجل، ولا المرأة إلى عورة المرأة»[1]، حيث أورد الفقه الإسلامي استثناءاً على الأصل يمكن فيه للجراح القيام بفحص المرأة، وذلك في حالة الضرورة، والحاجة الداعية إلى ذلك ويكون ذلك من خلال ضوابط أوردها الفقه الإسلامي وهي عدم وجود نظير في نفس الجنس، كما يجب الاقتصار في الكشف الطبي للمرأة في هذه الحالة على موضع الحاجة فقط دون تجاوزه لأن الضرورة تقدر بقدرها.

جـ- كما يتفق الفقه والقضاء المدني مع الفقه الإسلامي في تحقق مسئولية (ضمان) الجراح عن الخطأ في مرحلة الفحص الطبي السابق على الجراحة، وأساس ذلك هي المسئولية العقدية إذا كان بين الجراح والمريض عقداً للعلاج الطبي وإلا كان أساسها المسئولية التقصيرية.

د- أوضحت الدراسة أن التخدير الجراحي عمل مشروع سواء في الفقه الإسلامي والقانون المدني وذلك لوجود الضرورة التي تبيح المحظور.

هـ- ويقر الفقه والقضاء القانوني بمسئولية الجراح عن خطئه الشخصي في التخدير وكذلك مسئوليته عن خطأ طبيب التخدير الذي يستعين به دون إذن المريض على أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير، أما إذا

(١) صحيح مسلم ج١ ص١٣٠.

تمت الاستعانة بطبيب التخدير بناء على رغبة المريض وموافقته فإن كل منهما يكون مسئولاً عن تنفيذ التزامه تجاه المريض، وتكون مسئولية كل منهما مسئولية عقدية، أما إذا كان الخطأ مشتركاً فإن مسئوليتهما تكون تضامنية عن تعويض الضرر الذي ينتج عن الخطأ المشترك(١).

ويتفق الفقه والقضاء المدني مع الفقه الإسلامي فيما يتعلق بمسئولية الجراح عن خطئه في التخدير.

و- أوضحت الدراسة أن المشرع القانوني لم يتدخل بنصوص قانونية خاصة لبيان أحكام نقل الدم من شخص إلى آخر. الأمر الذي انعكس بالتأثير السلبي على الصحة العامة في المجتمع، ونتيجة للقصور التشريعي نجد أن إباحة نقل الدم بلاضوابط محددة بنصوص تشريعية خاصة نتج عنه إصابة العديد بالأمراض الفتاكة مثل مرض الآيدز وغيره.

كما أن إباحة بيع وشراء الدم أمر يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي حيث أجمع الفقهاء في الشريعة الإسلامية على حرمة استخدام الدم المسفوح(٢)، ولذا فلا يؤكل ولايباع، إلا أن الفقه الإسلامي كان أسبق من المشرع الوضعي حيث أباح نقل الدم من شخص إلى آخر بضوابط محددة وهي أن النقل يكون على سبيل التبرع لحرمة بيع الدم وأكل ثمنه وذلك لأن محل عقد البيع. وهو الدم غير مشروع وبالتالي فلايقبل حكم العقد، ومالايقبل حكم العقد لايصح أن يكون محلاً له لقوله

---

(١) أنظر رأينا في المسألة ص٤٧ بند ٣٤.

(٢) يقصد به الدم الذي سال عن موضعه فصار نجساً.

تعـالى ﴿إنما حرّم عليكم الميتة والدّم ولحم الخنزير..﴾[١].

ولذا نجد أن الشريعة الإسـلامية أباحت فـقط التبـرع بالدم لتحـقيق مصالح العباد وتدرأ المفاسد عنهم.

ز- هذا ويتـفق الفـقـه والقـضـاء المدني مع الفـقـه الإسـلامي في تحـقق مسئولية الجراح عن الخطأ في نقل الدم، وأن طبيعة التزام الجراح فيما يتعلق بنقل الدم من حيث سلامة النقل إنما تكون التزام بنتيجة أما من حيث الأثر المترتب على نقل الدم وهو الشفاء فإن التزامه يكون ببذل عناية.

ح- أما فيما يتعلق بمشروعية نقل الأعضـاء البشرية فنجد أن القواعد العامـة في القـانون المدني أباحت ذلك بشـروط منـهـا ألا يتـرتب على النقل نقص دائـم في الكيـان الجسدي، وألايكون النقل مـخـالفاً للنظام العام أو الآداب، وأن تكون الاتفاقات بشأنها غير ملزمة أي العقد فيها غير لازم، وأن يتم النقل تبرعاً وليس بيعاً.

أما الفقه المدني فقد اختلف بشأن عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية مابين مؤيد ومانع ولقد استعرضنا هذا الخلاف في البحث[٢].

أمـا بالنسبة للمشرع المصري فنجد أنه منـع التبـرع بالأعضـاء حـال الحياة لأن ذلك يعد مخالفاً للنظام العام، وذلك قياساً على موقفه من إنشاء بنك العـيـون ومـا نصت عليـه المادة الثـانيـة من القـانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢م، على عكس المشـرع الفـرنسـي الذي أباح نقل الأنسـجـة وزرع

(١) سورة البقرة آية ١٧٣.

(٢) أنظر بالتفصيل في هذا البحث أحكام شراء ونقل الأعضاء البشرية في القانون ص٦٧ ومابعدها بند ٥٢ ومابعده.

الأعضاء البشرية بشرط الموافقة الصريحة المكتوبة من الشخص المعطي أو ممثله القانوني.

أما الفقه الإسلامي : فنجد أن المبدأ العام في الفقه الإسلامي بالنسبة لحكم شراء الأعضاء الآدمية هو الحرمة، إلا أن الفقه الإسلامي جوز نقل العضو من منطقة إلى أخرى في نفس الجسم بشرط غلبة الظن بنجاح العملية، ووجود الحاجة والمصلحة في النقل. هذا ولايوجد خلاف بين الفقهاء في حرمة نقل عضو إنسان إلى إنسان آخر يترتب عليه وفاة المتبرع لقوله تعالى ﴿**ولاتُلقُوا بأيديكم إلى التهلكة**﴾[1]، ويتفق معه المشرع والفقه والقضاء المدني في هذا الحكم. أما **الخلاف** الذي وقع بين الفقهاء في الشريعة الإسلامية فهو في حكم نقل العضو من إنسان ميت أو حي (لايؤدي نقل العضو منه إلى وفاته) إلى شخص آخر فمنهم من قال بعدم جواز نقل الأعضاء الآدمية من شخص إلى آخر مطلقاً أي سواء كان المتبرع حياً أو ميتاً أوصى بذلك قبل وفاته والرأي الآخر قال : بجواز نقل الأعضاء البشرية والتبرع بها سواء بين الأطباء، مع إباحة أخذ بعض الأعضاء من الموتى وهو الرأي الراجح الذي أيده الأزهر[2].

٢- النتائج المستخلصة بالنسبة للجراحات المشروعة :

١- استخلصنا من الدراسة لأحكام الجراحة المشروعة في القانون المدني أن المشرع لم يتدخل بنصوص تشريعية خاصة ليوضح ماهية وأحكام الجراحات المشروعة وضوابطها. بل اكتفى فقط بتحريم بعض العمليات الجراحية إذا ما ارتكبها الجراح، وبالتالي أصبحت القاعدة

---

(١) سورة البقرة ١٩٥.

(٢) أنظر في تأييد ذلك فضيلة الشيخ، جاد الحق على جاد الحق شيخ الأزهر، قضايا إسلامية معاصرة – الفقه الإسلامي مرونته وتطوره ص٢٣٨/٢٣٩ طبعة روزاليوسف سنة١٩٨٧.

العامة هي: إباحة التدخل الجراحي، والاستثناء هو الخطر أو المنع، وبالتالي أصبحت كل الجراحات مشروعة بحسب الأصل، وذلك بلاضوابط الأمر الذي أوجد مخاطر كثيرة أدت إلى المساس بالكيان الجسدي للإنسان وانتهاك حرمته، ومن خلال الدراسة **اقترحنا** بعض الضوابط للجراحة المشروعة لمعالجة هذا النقض التشريعي، ولتلافي آثاره السيئة على حرمة الكيان الجسدي(١)، ولعلها تكون أمام المشرع عند تدخله لوضع ضوابط صريحة لإجراء الجراحة ولكي تكون مشروعة وحتى لاتتحقق مسئولية الجراح إلا عند الإخلال بها.

وهي : يجب لكي تكون الجراحة مشروعة أن يغلب الظن على نجاح العملية الجراحية، ألا يوجد بديل أخف ضرراً من العملية الجراحية، أن تترتب المصلحة الراجحة والمشروعة على إجراء العملية الجراحية، ألا يوجد نص من المشرع يجرم إجراء العملية الجراحية، مع ضرورة توافر قصد العلاج أو الشفاء لدى الجراح، وأن يكون الجراح أهلاً لإجراء العملية مع التزامه عند إجرائها بالمعطيات العلمية الطبية المكتسبة في مجال الجراحة، وضرورة حصول الجراح على موافقة المريض الصريحة بعد إعلامه أو من وليه أو أحد أقاربه(٢).

ب- من نتائج الدراسة أن الجراح يلتزم بضرورة إعلام المريض بالمعلومات الضرورية التي تسمح له بفهم طبيعة مرضه، والمخاطر المتوقعة حتى يكون المريض على بينة من حالته ويقرر بإرادته الحرة

(١) أنظر بالتفصيل في هذا البحث: ضوابط الجراحة المشروعة المتعلقة بالعملية الجراحية، ص٩٠ ومابعدها، بند ٧٢ ومابعدها.

(٢) أنظر بالتفصيل في هذا البحث : ضوابط الجراحة المتعلقة بالمريض "رضاء المريض وأحكامه" ص١١٠ ومابعدها بند ٨٨ ومابعده.

القابلية للدوام والاستمرار كما ذكرنا سابقاً، وقد اعترض البعض[١] بأن الفريق الطبي "الجراحي" لايتمتع بذمة مالية خاصة به، ومستقلة عن ذمة أعضائه أي أنه يتجرد من ذمة مالية خاصة به بما يعني أن التعويض الذي سوف يحكم به للمضرور على هذا التجمع، سوف تتحمله الذمم المالية الخاصة لمكونيه.

ويمكن الرد على ذلك: أن الذمة المالية المستقلة للشخص المعنوي ماهي إلا نتيجة لاكتساب بالشخصية المعنوية، وليست شرطاً في اكتساب الشخصية المعنوية.

٢ - علاوة على أنه يمكن القول بأن ذمة الفريق الجراحي، إنما هي امتداد أعضائه، وهو ما يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، حيث لايتمتع الشخص المعنوي بذمة مالية مستقلة عن ذمة أعضائه، لأن الذمة في الفقه الإسلامي لاتكون إلا للإنسان الحي فقط لأنه يترتب عليها أهلية الانشغال بالواجبات الدينية والدنيوية على السواء، ولذا عرفت الذمة بأنها "وصف شرعي يكون به الإنسان أهلاً لما يجب له، ولما يجب عليه"[٢]، ويترتب على ذلك أن الذمة لايتصور وجودها للشخص المعنوي المعروف في القانون إذ لايتطلب منه واجب ديني، ولايتصور ذلك منه، فالشخص المعنوي ليس له ذمة خاصة به، وذمته منحصره في ذمة أعضائه، ومايترتب من ديون نتيجة تصرف أحد الأعضاء في الفريق الجراحي لايتوقف وفاؤه على رأس مال الفريق الطبي بل يتجاوزه إلى أموال أعضاء الفريق الجراحي الخاصة الخارجة عن عقد إنشائه، وذلك لأن الدين عند ثبوته في ذمة أحد أعضاء الفريق الجراحي قد ثبت باعتباره مباشراً للعقد بالأصالة عن نفسه، وبالوكالة عن باقي

(١) أنظر د/محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص١٠٨.

(٢) أنظر الفروق للقرافي ج١ ص٢٥٢.

د – بالنسبة لرضاء المريض القاصر: أظهرت الدراسة أنه يجب التفرقه بين أهليته الجنائية وأهلية المدنيه، ولذا يكفى بأن تتوافر لديه الأهلية الجنائية (سن ١٥ سنه) حتى يكون رضاؤه صحيحاً بإجراء الجراحة، ويعتد به أى يكفى أن تكون لديه القدرة على إدراك ظروفه، والمخاطر التى سيتعرض لها من جراء المرض، ومن جراء الجراحة، وإلا فيلزم موافقه وليه أو وصية.

هـ – هذا وقد أستخلصنا من مقارنة أحكام الجراحة المشروعة وضوابطها المقترحة، بأحكام الجراحة المشروعة تتفق مع ماذكره الفقه الاسلامى(١)، أن ما اقترحناه من ضوابط للجراحة المشروعة تتفق مع ماذكره الفقه الاسلامى فى مسائله المتعددة والمتعلقه بأحكام الجراحات المشروعة.

٣ – النتائج المستخلصه من أحكام الجراحة المحرمه «غير المشروعة» فى القانون والفقه الإسلامى:

أ – لم يتدخل المشرع المصرى أو الفرنسى لوضع ضوابط الجراحات المحرمه (غير المشروعة) بنصوص تشريعيه خاصه الأمر الذى أوجد خللا كبيرا فى هذا المجال الطبى الذى أبتلى بالعديد من القضايا التى تقوم على العلم المادى المجرد والابتكارات التى يؤدى بعضها إلى العلاج بالمحرمات أو فعل الجراحات المحرمه أو اتخاذ جسد الانسان محلا لتجاربهم العلمية، وفى ضوء هذا القصور **اقترحنا** بعض الضوابط التى تعالج تلك النتائج السيئة التى نتجت عن هذا النقص

---

(١) انظر بالتفصيل فى هذا البحث: «أحكام الجراحة لمشروعة فى ضوابطها فى الفقه الأسلامى» ص١٣٨ ومابعدها بند ١١٥ ومابعده.

التشريعى[١] ومنها: عدم مخالفة الجراحه للنص القانونى أو الشرعى وإلا كانت محرمه أى غير مشروعه، كما تكون الجراحة غير مشروعة إذا كانت تحتوى على مضار محضه أو راجحه.

ب - استعرضنا صور من الجراحات غير المشروعة، ووضحنا حكمها فى القانون المدني والفقه الاسلامى، ومنها حكم جراحة تغيير الجنس[٢] فى القانون حيث ذهب القضاء الفرنسى حديثا إلى قبول مشروعيتها بضوابط معينه منها: أن تستخدم العملية كعلاج نفسى للمريض، أو إذا كان لدى الشخص تغيير داخلى غير ظاهر للجنس بعكس القضاء الفرنسى التقليدى الذى اشترط أن يكون تغيير الجنس للعلاج فقط.

أما فى مصر فقد اثيرت حديثا، وقد أستخلصنا من عرض حكم محكمة القضاء الإدارى فى واقعة الطالب المسمى بإسم «سالى» أنه ثار فى اتجاه القضاء الفرنسى التقليدى إلى ضرورة الأخذ فى التغيير الجنسى بالاعتبار العلاجى للجراحة، ورفض التعويل على التغيير للجنس كعلاج نفسى مطلقا.

أما الفقه الإسلامى[٣]: فقد حرم تغيير الجنس الذى يكون مبنيا على الإراده أى نتيجة رغبة شخصية بحته دون أن يكون هناك أى سبب علاجى، أو أن يكون التغيير حقيقيا، وهو ماوافقته محكمة القضاء الإدارى المصرى، والقضاء الفرنسى التقليدى.

---

(١) انظر بالتفصيل فى هذا البحث «ضوابط الجراحات المحرمه» بند ١٣٤ ومابعده ص ١٥٥ ومابعده.

(٢) انظر: «حكم تغيير الجنس فى القانون» ص ١٥٩ ومابعدها بند ١٤٠ ومابعده.

(٣) انظر: «حكم التدخل الجراحى لتغيير الجنس فى الفقه الأسلامى» ص١٦٣ ومابعدها بند ١٤٤ ومابعده.

جـ - أما بالنسبه لجراحات التجميل التحسينية[١]: فنجد أن المشرع لم يتدخل بنصوص تشريعية خاصه لبيان أحكامها، بينما نجد أن الفقه والقضاء القانونى سواء فى مصر أو فرنسا قد أباحها مع وضع ضوابط متشدده سواء فيما يتعلق بالتشدد فى تقدير القضاء لخطأ جراح التجميل فى الجراحات التحسينيه أو التشدد فى إعلام المريض حيث أن القاعدة العامه لاتلزم الجراح بإعلام المريض بالأخطار النادره الوقوع، إلا أن القضاء بصدد العمليات التجميليه التحسينيه تشدد فى ذلك، واستقر على ضرورة قيام جراح التجميل بإعلام المريض بكل المخاطر سواء كانت هامه أم ثانويه أو نادره الحدوث، كما يجب ان يكون مضمون هذا الاعلام ثابت بشكل صريح أى يتضمن موافقة المريض الصريحه.

أما بالنسبه لموقف الفقه الأسلامى[٢]: من تلك الجراحات التجميل التحسينيه، وهى التى تتم بغير غرض علاجى حيث نجد أن الفقه لم يبيحها مطلقا، لأن قصد منها تغيير خلقه الله سبحانه وتعالى، والتى تعتبر من قبيل العبث فيها، وهى مذمومه لقوله تعالى ﴿ **... ولآمرنهم فليغيرُن خلق الله ومن يتخذ الشيطان وليا من دون الله فقد خسر خسرانا مبينا** ﴾[٣].

ولقد استخلصنا من المقارنه بين حكم الجراحات التحسينيه فى القانون والفقه الأسلامى أن الفقه والقضاء المدني فى إقرارهم لتلك الجراحات بضوابط معينه قد خالف أحكام الفقه الأسلامى.

---

(١) انظر بالتفصيل فى هذا البحث «حكم الجراحات التحسينية فى القانون» ص ١٦٦ ومابعدها، بند ١٤٧ ومابعده.

(٢) انظر فى البحث «حكم جراحة التجميل التحسينيه فى الفقه»، ص ١٧٧ ومابعدها، بند ١٥٣ ومابعده.

(٣) سورة النساء: آيه ١١٩.

د - أما بالنسبة لحكم الجراحات التجريبية: فنجد أن المشرع المصرى قد أيد اجراء الجراحات التجريبيه بقصد البحث العلمى، ولم يفرق بينها وبين القصد العلاجى (نص المادة ٤٣ من الدستور)، ولم يشترط سوى رضاء المريض فقط، وهو موقف رأينا أنه شاذ للمشرع المصرى حيث أورد نص فى الدستور يتعارض مع حرمة الكيان الجسدى للإنسان ويتعارض مع النظام العام الذى يتعلق بالصحة العامة فى المجتمع، فكيف يسمح بإجراء جراحات تجريبية بقصد البحث العلمى على إنسان صحيح معاف لمجرد موافقته الا يتعارض ذلك مع الشريعة الأسلامية التى لاتسمح بالمساس بالكيان الجسدى للأنسان إلا على سبيل الاستثناء فى ظل وجود الضرورة العلاجية فقط مع ضرورة موافقة المريض أيضا على ذلك.

وفى ظل هذا الموقف من المشرع بإباحة الجراحات التجريبية بصورة مطلقه سواء للبحث العلمى أو العلاج وفى ظل عدم تدخله لوضع ضوابط، فنرى قصر إجراء الجراحات التجريبية بقصد العلاج فقط وذلك فى ظل وجود ضوابط أيضا وهذا مايتفق مع موقف الفقه الأسلامى الذى أقر إجراء الجراحات التجريبية بقصد العلاج فقط(١) وحتى نمنع إستغلال جسد الإنسان وعدم جعله حقلا للتجارب العلمية، ولقد اقترحنا بعض الضوابط لاجراء الجراحات التجريبية بقصد العلاج(٢)، وهى:

أ - أن تكون المزايا من الجراحة أعظم من المضار.

ب - أن تكون الجراحة التجريبية بغرض العلاج قائمة على أساس علمى.

---

(١) انظر بالتفصيل فى هذا البحث موقف الفقه الاسلامى من الجراحات التجريبية بقصد العلاج ص١٨٦، بند ١٦٠.

(٢) انظر بالتفصيل الضوابط المقترحة ص ١٨٤ ومابعدها، بند ١٥٩ ومابعده.

جـ - ضــرورة الحـصــول على رضــاء المريض، وإعــلامــه بكل المخــاطر المحتمله، وغير المحتمله وغير المتوقعة والنادرة الحدوث.

د - أن يكون الجراح مؤهلا لإجراء مثل هذه الجراحات التجريبية، وأن تتم تحت إشراف الجهات المختصه.

٤ - النتائج المستخلصه من مسئولية الجراح عن العمليات الجراحيه:

أ - فيما يتعلق بمسئولية الجراح عن تجاوزه الأصول العلمية الطبية الثابته[١]، نجد أن القاعدة التى استخلصناها من الدراسة: هى أن مسئولية الجراح تثور إذا ثبت أنه لم يؤد عمله الجراحى وفقا للأصول العلمية الثابته أو خالفها بحسب تعمده العمل ونتيجته أو تقصيره، وعدم تحرزه فى أداء الجراحة بالمستوى الذى ينتظره المريض حيث يكون مسئولا عن كل خطأ من جانبه، مع الاعتداد عند تقرير مسئوليته بالظروف الخارجية، والإعتبارات الشخصية (الظروف الداخليه) ذات المظاهر الخارجية المؤثرة فى السلوك والتى تكون ظاهرة للرقابه والتى تكون لها صلة وثيقه بتخصص الجراح والتى غالبا مايراعيها المريض عند إختياره الجراح حيث تكون هذه الظروف معروفه للناس جميعاً بغير حاجه إلى معاملة الفاعل وفحص نيته.

ب - إن مسئولية الجراح لاتتحقق إذا وقع الجراح فى غلط علمى، مع بذله جهوداً صادقه يقظه وأخذه بكل الحيطه والحذر وتحرية الأصول الطبية الثابته، ومراعاته للشرف والأمانه فى عمله.

---

(١) انظر بالتفصيل «مدى مسئولية الجراح عند تجاوزه الأصول العلمية الطبية الثابته» ص ١٨٧ ومابعدها بند ١٦٢ ومابعده.

جـ - وتتفق الشريعة الإسلامية مع القانون المدنى[1] فى تحقق ضمان الجراح الذى لايتقيد بأصول المهنه المعتبره عند أداء الجراحة سواء بتجاوزه الحد المعتبر من أهل الأختصاص أو تقصيره فى أداء الواجب، لأن عمل الجراح يجب أن يكون لدفع الضرر عن المريض، وتحقيق مصالحه، وهذا لن يتحقق بتجاوزه للأصول الطبيه الثابته.

د - إن المشرع أخضع مسئولية الجراح عن خطئه الشخصى للقواعد العامه، ولذا فإنه يسأل عن كل خطأ ثابت فى حقه على وجه التحقيق سواء كان خطأً فنيا أم عادياً، سواء كان يسيراً أم جسيماً، وذلك إستناداً إلى المسئولية العقديه إذا كانت تربطه بالمريض رابطة عقديه، وإلا فتكون مسئولية تقصيريه، كما أنه يسأل عن فعل مساعده وتكون مسئوليته هنا مسئولية عقديه عن فعل الغير إذا كانت بينه وبين المريض رابطة عقديه، والا فتكون مسئولية تقصيريه عن فعل تابعه بإعتباره متبوعاً طبقا للماده ١٧٤ مدنى مصرى، ١٣٨٤/٥ مدنى فرنسى.

- هذا وقد أقر الفقه الإسلامى ضمان الجراح عن خطئه الشخصى، وفعل مساعده حيث اتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أحكام الضمان للجراح عن خطئه الشخصى وفعل مساعده.

هـ - **أما بالنسبه لمسئولية الجراح عن خطأ الفريق الجراحى:** فإنه إذا ماقام بتكوين الفريق الجراحى «الطبى» بناء على الرابطة العقديه مع المريض دون تدخله، فإنه يكون مسئولا عن خطأ الفريق الجراحى تجاه المريض، وتقوم مسئوليته على أساس المسئولية العقدية عن فعل

---

(١) انظر فى هذا البحث ص ٢١١ بند ١٧٨.

الغير وفقا للراجح من وجهة نظرنا[١]. لأن القول بمسئوليته التقصيريه بإعتباره متبوعاً والفريق الجراحى تابعا. إنما يتعارض مع المبادئ القانونيه المستقره، والتى تقر عدم جواز الخيره بين المسئوليتين العقديه والتقصيريه، وعدم الجمع بينهما، علاوة على أن الأخذ بالمسئولية التقصيرية كأساس لمسئولية الجراح عن الفريق الجراحى استناداً إلى توافر رابطة التبعية بين الجراح الفريق الطبى بشكل صعوبة تجاه المريض حيث سيضطر إلى إثبات توافر هذه التبعيه بين الجراح والفريق الجراحى، وهو مايشكل صعوبة فى إثباتها بعكس تأسيس المسئولية على أساس المسئولية العقديه عن فعل الغير حيث لا يضطر المريض فيها إلى إثبات توافر تلك التبعيه بين الجراح والفريق الجراحى.

و - أما إذا قام المريض بإختيار الفريق الجراحى بنفسه والتعاقد مع أفراده دون أن يسمى رئيساً للفريق الجراحى، فإن مسئولية كل جراح فى الفريق تجاه المريض تكون مسئولية عقديه، وذلك فى حالة تحديد الخطأ ونسبته إلى جراح معين.

اما إذا كان الخطأ شائعاً بين الجراحين ولايمكن نسبته إلى جراح معين، فهل يسأل الفريق الجراحى تجاه المريض فى هذه الحاله؟[٢].

استخلصنا من الدراسة أن الفريق الجراحى يكون مسئولا تجاه المريض، ولكن القضاء اتجه إلى القول بمسئولية الفريق الجراحى أخذاً بفكره المسئولية التضامميه.

---

(١) انظر رأينا بالتفصيل فى البحث ص ٢١٧ بند ١٨٣.

(٢) انظر بالتفصيل ص ٢١٩ ومابعدها بند ١٨٤ ومابعده.

ولكننا نرى[١]: أن الحل المناسب لهذه المشكلة يكمن فى إضفاء فكرة الشخصية الاعتباريه على الفريق الجراحى، وخاصة أن شخصية الفريق الجراحى ماهى إلا حقيقة قانونية قائمة على مصلحة اجتماعية ثابته، وتتجسد فى حد أدنى من التنظيم، كما يوجد لدى هذا الفريق الجراحى القدرة للتعبير عن إرادته متمثلا فى رئيس الفريق الجراحى والذى غالبا مايكون كبير الجراحين علماً وسناً، وإذا ماتوافرت العناصر السابقة فيمكن إضفاء الشخصية الأعتبارية على الفريق الجراحى، ويكون كل جراح مسئولا مسئولية شخصية وتضامنيه تجاه المريض بإعتباره دائنا للفريق الجراحى وذلك قياساً على مسئولية الشريك فى شركة التضامن لأن الفريق الجراحى أشبه مايكون شركة تضامن يكون كل جراح فيها مسئول مسئولية شخصيه وتضامنيه مع باقى الجراحين عن الوفاء بقيمة التعويض للمريض المضرور.

ثانيا: التوصيات المتعلقة بموضوع البحث:

بعد أن أستعرضنا النتائج التى تم استخلاصها من الدراسة فى هذا البحث، وفى ضوء تلك النتائج يمكن لنا أن نقترح بعض التوصيات التى نرى أن من شأنها معالجة النقص التشريعى فى موضوع احكام العمليات الجراحية ومدى مسئولية الجراح عنها وذلك على الوجه الآتى:

أ – من منطلق أننا بلد إسلامى، نوصى بأن يتدخل المشرع بنص تشريعى يضع بمقتضاه ضوابط لفحص النساء بواسطة الأطباء الجراحين وغيرهم – على اعتبار أن الله سبحانه وتعالى حرم على الرجل النظر إلى عورة النساء والكشف عليها، والا يكون ذلك إلا

(١) انظر رأينا بالتفصيل فى هذه المسأله ص ٢١٩ ومابعدها بند ١٨٤.

لضرورة كعدم وجود النظير من نفس الجنس وبحضور محرم لها، وأن تقدر الضروره هنا بقدرها، وذلك بالأقتصار عند كشف الجراح على المرأة على موضع الحاجة فقط، ولايتجاوز فى الكشف إلى الموضع غير المحدد.

ب - من خلال نتائج الدراسة التى تضمها البحث بخصوص مسئولية الجراح عن طبيب التخدير، نوصى بأن يتدخل المشرع بنص تشريعى خاص يلزم بمقتضاه الجراح بضرورة الأستعانة بطبيب تخدير متخصص فى التخدير الجراحى، وخاصة مع التقدم الكبير والهام فى مجال طب التخدير، ولأنه أصبح علماً معقد التركيب والاستخدام، وله آثار خطيرة على حياة المريض، إذا لم يستخدم وفقاً للأسلوب العلمى الصحيح.

جـ - من النتائج المستخلصه من الدراسة وجدنا أن هناك قصوراً تشريعياً فيما يتعلق بنقل الدم وإستخدامه من شخص إلى آخر، ولذا يجب أن يتدخل المشرع بنصوص تشريعيه خاصه تضع ضوابط واحكام لنقل الدم، ويجب أن تنص على عدم جواز بيع الدم، والاتجار فيه، وأن يكون النقل على سبيل التبرع، وذلك لأن بيع الدم غير مشروع وفقاً لأحكام الفقه الاسلامى لأن محله وهو الدم نجس لقوله تعالى ﴿**حرمت عليكم الدم ولحم الخنزير ومـا أهِلَّ لغير الله به**﴾[1]، وحتى لانفتح المجال إلى متاجرة الإنسان بدمه الأمر الذى قد يضر به ضرراً جسيماً، وبالتالى يؤثر على الصحة العامه فى المجتمع، كما يجب أن ينص فى الأحكام التشريعية على أسباب النقل وشروطه

(١) سورة المائدة اية (٣).

ويكون ذلك لأسباب جوهري، مع ضرورة التأكد من فحصه وخلوه من الأمراض المعديه، مع النص على تحريم التبرع على المرأة الحامل والمرضع.

د - أما مسألة شراء الأعضاء البشريه ونقلها للغير، فإن النتائج المستخلصه من الدراسة بأنها أوضحت أن هناك نقصاً تشريعياً أيضا في تنظيم هذه المسألة ولذا نوصي بضرورة تدخل المشرع لتنظيم هذه المسألة الخطيره والحيويه في المجتمع بنصوص تشريعية خاصه يكون قوامها إباحة النقل لأسباب جوهرية مشروعة، وتتحدد طبيا، وأن يكون بين الأقارب حتى درجة معينه، مع ضرورة توافر عنصر الرضا على النقل، وألا يترتب على النقل نقص دائم في الكيان الجسدي وألا يترتب على ذلك إصابة الجسد بعجز شديد، ويجب أن يكون النقل تبرعاً أي بدون عوض، مع عدم مخالفة كل ذلك للنظام العام أو الآداب في المجتمع.

وذلك حتى نسد الطريق على من يستغلون هذا القصور التشريعي ويقومون حالياً بالمتاجرة في الأعضاء البشرية دون رقيب الأمر الذي يعد مساساً بالكيان الجسدي والاعتداء على حرمته، ولذا في ظل تنظيم هذه المسألة بنصوص تشريعية خاصه فإنه يمكن القضاء على التجارة السائدة الآن والمنتشرة في الأوساط الطبيه وهي ماتسمى بالمتاجرة في الأعضاء البشريه.

هـ - استخلصنا من البحث أن المشرع لم يتدخل بنصوص تشريعية خاصه لوضع ضوابط صريحة ومحدده لماهية وأحكام الجراحات المشروعة وغير المشروعة حيث ترك ذلك للقواعد العامه، والتي جعلت

الأصل الاباحة فى اجراء العمليات الجراحية، والاستثناء، هو الخطر فى حين أن العكس فى أحكام الشريعة الأسلامية فالأصل هو الخطر وذلك حفاظاً على الكيان الجسدى، الأستثناء: هو التدخل، وحتى نحافظ على حرمة الجسد للأنسان والذى كرمه الله سبحانه وتعالى من خلال مقاصد الشريعة الخمس ومنها حفظ النفس فجعل الأصل هو حرمة المساس بالكيان الجسدى ولذا:

نوصى: بأن يتدخل المشرع بنصوص تشريعيه خاصة يضع بمقتضاها الضوابط اللازمه لإجراء الجراحة فلا يقدم الجراح على إجراء الجراحة إلا من خلال تلك الضوابط - والتى سبق أن تناولناها بالشرح والبيان[١] - وإلا تحققت مسئوليته المدنيه والجنائية.

و - أما بالنسبه لمسألة التدخل الجراحى لتغيير الجنس، والتى ظهرت حديثاً فى مجتمعنا المصرى فى ظل غيبه المشرع **فنوصى**: بضرورة تدخله لتنظيم هذه المسألة الخطيرة والمستحدثه على المجتمع المصرى بنصوص تشريعية خاصه، وأن يباح تغيير الجنس مع ضرورة قصره فقط على التغيير بسبب العلاج، وحتى تتفق تلك الأحكام مع أحكام الفقه الأسلامى التى قصرت التغيير فقط على السبب العلاجى دون الاعتباء بالعامل النفسي أو الإرادى للمريض، لأنه بلاشك أن مثل هذه العمليات الجراحية هى ضرب من التطاول على مشيئة الله سبحانه وتعالى بتحديد جنس المخلوق.

ز - **وفى مجال جراحات التجميل التحسينيه**: نوصى بتدخل المشرع

---

(١) انظر بالتفصيل «ضوابط العمليات الجراحية المشروعة المتعلقه بالعمليه الجراحية» ص ٩٠ ومابعدها، بند ٧٢ ومابعده، «ضوابط الجراحات المحرمه» ص ١٥٦ ومابعدها بند ١٣٥ ومابعده.

أيضا بنصوص تشريعية خاصة لوضع ضوابط لإجراء جراحات التجميل مع تحريم جراحات التجميل التحسينيه لمخالفتها لأحكام الفقه الإسلامى، لأنها بلاشك تغيير لِخِلْقِهْ الله سبحانه وتعالى، وهو عمل من أعمال الشيطان، فهو مذموم بنص القرآن علاوة على أن إجراء مثل تلك الجراحات التحسينيه دون قصد العلاج من شأنها أن تساعد الأفراد على الهروب من حكم العداله(١).

ح - يجب أن يتدخل المشرع لتعديل نص المادة ٤٣ من الدستور المصرى الدائم والتى تتعلق بإجراء التجارب الطبيه والعلمية على الإنسان والتى تنص على «أنه لايجوز إجراء أى تجربة طبية أو علمية على أى إنسان بغير رضائه الحر» لأن صياغة النص على النحو المذكور لايشترط فقط سوى رضاء الشخص محل التجربة العلمية والطبية، وأباحتها دون ضوابط أخرى مثل الضرورة العلاجية، من شأنه أن يسمح بإجرائها على إنسان صحيح ليس فى حاجة إلى العلاج، وكل مايتطلبه النص الدستورى هو موافقته فقط على إجرائها، **ونرى** أن موقف المشرع الدستورى الذى يسمح بإجراء التجارب الطبيه ومنها الجراحات التجريبية بقصد البحث العلمى دون حاجة علاجية يتعارض مع حرمة الكيان الجسدى للأنسان وتعلقه بالنظام العام، كما يتعارض مع أحكام الشريعة الأسلامية التى لاتسمح بالمساس بالكيان الجسدى للإنسان إلا على سبيل الإستثناء فى ظل وجود الضرورة العلاجية فقط مع ضرورة موافقة المريض أيضا على ذلك ولذا **أقترح** إضافة قيد الضرورة العلاجية لصياغة النص لتكون على الوجة الآتى:

---

(١) أنظر بالتفصيل ص ١٦٦ ومابعدها بند ١٤٧ ومابعدها، ص ١٧٧ ومابعدها بند ١٥٣ ومابعده.

«لايجوز إجراء أى تجربة طبية أو علمية على أى إنسان إلا إذا كانت هناك ضرورة علاجية مع توافر رضائه الحر».

ومقتضى الصياغه السابقه يجعل من العمليات الجراحية التجريبية عملا مشروعاً إذا كانت بغرض العلاج، وبضوابط محدده أيضا يجب أن يتدخل المشرع المصرى لوضعها بنصوص وتشريعية أخرى وقد اقترحنا تلك الضوابط خلال البحث [١] لتكون مرشداً للمشرع الوطنى عند تدخله لتنظيم مسألة الجراحات التجريبية بقصد العلاج.

ط - وأخيراً فى نطاق مسئولية الجراح عن الفريق الجراحى **نوصى**: بتدخل المشرع لإضفاء الشخصية الأعتبارية على كل فريق جراحى يتم تشكيله لأجراء الجراحة للمريض دون أن يسمى رئيساً له، وذلك لمعالجة مسئولية الفريق الجراحى عن الخطأ الشائع الذى يقع من الفريق الجراحى دون أن يتمكن القضاء من تحديد فاعله[٢].

والله ولى التوفيق،،،

(١) انظر بالتفصيل فى هذا البحث، ص ١٨١ ومابعدها، بند ١٥٦ ومابعده.

(٢) انظر بالتفصيل فى هذا البحث ص ٢٢٢ ومابعدها، بند ٢٢٣ ومابعده.

المراجع الفقهيه

اولا: القـــــران:

الجامع لأحكام القرآن: للأمام أبى عبدالله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى - دار الكتب المصرية- القاهرة ١٣٥٦هـ.

ثانيا: الأحـــاديث:

١) **الأشباه والنظائر:** لإبن نجيم الحنفى طبع بمصر سنة ١٩١٨م.

٢) **الأشباه والنظائر للسيوطى:** مطبعة البابى الحلبى سنة ١٩٣٨م

٣) **سنن أبى داود:** للحافظ أبى داود سليمان بن داود بن الاشعث السجستانى ط مطبعة البابى بمصر ١٣٧١هـ.

٤) **سنن الترمذى:** للحافظ أبى عيسى بن سوره الترمذى ط ثانيه مطبعة البابى الحلبى بمصر ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.

٥) **سنن ابن ماجه:** للحافظ أبى عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه القزوينى - مطبعة البابى الحلبى بمصر سنة ١٣٧٢هـ.

٦) **صحيح البخارى:** للأمام/ أبى عبدالله محمد بن اسماعيل البخارى - مطبعة مصطفى البابى الحلبى، بمصر.

٧) **صحيح الأمام مسلم:** للأمام ابى الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى- مطبعة البابى بمصر سنة ١٢٦١ هـ.

ثالثا: اللغـــــة:

١) **المعجم الوسيط:** ج ٢ الطبعة الثانية تأليف مجموعة من أساتذة اللغة سنة ١٣٧٢ هـ.

٢) **لسان العرب:** للأمام ابى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفـــريقى ج٢ دار صـــــادر/ بيـــروت سنة ١٩٥٥م/١٣٨٥ هـ- دار المعارف.

رابعا: المراجع الفقهيه:

١) **الإمام ابى إسحاق بن موسى اللخمى الغرناطى المعروف بالشاطبى:** الموافقات ج ٢طبعة المكتبه التجارية الكبرى بالقاهرة ١٩٣٤م تحقيق الشيخ عبدالله دراز.

٢) **الامام/ ابى زكريا يحيى بن شرف النووى:** المجموع شرح المهذب – ادارة الطباعة المنيريه بمصر.

٣) **الامام/ ابى محمد عبدالله بن احمد بن قدامه المقدسي :** المغنى شرح مختصر الخرقى ج ٧ – مع الشرح الكبير على متن المقنع لمؤلفه الشيخ/ عبدالرحمن بن محمد بن أحمد المقدس – طبعة دار الكتاب العربى سنة ١٣٤٧ هـ.

٤) **ابي البركات احمد الدردير :** الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ج١– طبعة دار المعارف بمصر سنة ١٩٧٤م.

٥) **الإمام/ ابي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي :** روضة الطالبين ج٧ الطبعة الثانية – المكتبة الإسلامية.

٦) **أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالحطاب** : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج١ الطبعة الأولى بمطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٣٩هـ.

٧) **د/ إبراهيم مصطفى أدي** : أحكام التداوي والتطبيب في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه- جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية – المعهد العالي للقضاء.

٨) **الإمام/ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري**: المحلي، الطبعة الأولى بالمطبعة المنيرية بمصر سنة١٣٥١هـ.

٩) **العلامة : أبي إسحاق برهان الدين بن إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح** : المبدع في شرح المقنع – الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي ببيروت سنة ١٣٩٩هـ/١٩٩٠م.

١٠) **الإمام/ أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر** : الإجماع – طبع دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

١١) **شيخ الإسلام/ أحمد بن تيمية** : مجموعة الفتاوي ج٢ "تصوير الطبعة الأولى" – بدار العربية للطباعة والنشر سنة١٣٩٨هـ.

١٢) **الشيخ/ أحمد الصادي** : بلغة المسالك لأقرب المسالك – دار إحياء الكتب العربية – مصطفى البابلي الحلبي – القاهرة.

١٣) **د/ أحمد محمد إبراهيم** : مسئولية الأطباء في الشريعة الإسلامية وفي القانون – مجلة الأزهر مجلد ١٩ سنة ١٣٧٦هـ.

١٤) **الإمام/ بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي** : المنثور في القواعد – ط الأولى سنة ١٤٠٢ مؤسسة الفليج – الكويت بتحقيق محمد حامد الفقي.

١٥) **الإمام/ برهان الدين ابي الوفاء بن محمد بن فرحون المالكي** : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام– المطبعة العامرة بمصر سنة ١٣٠١هـ وبهامشه العقد المنظم للحكام لابن سلمون.

١٦) **الشيخ/ جاد الحق علي جاد الحق** : قضايا إسلامية معاصرة – الفقه الإسلامي مرونته وتطوره – طبعة روزاليوسف سنة١٩٨٧.

١٧) **الشيخ/ سليمان البجيرمي** : حاشية البجيرمي على شرح الخطيب– دار المعرفة بيروت.

١٨) **د/ سعد جبالي عبد الرحيم** : حكم التطبيب والخطأ فيه في الفقه الإسلامي – طبعة ١٩٩٣م – دار النهضة العربية– القاهرة.

١٩) **الإمام/ شمس الائمة ابي بكر محمد بن ابي سهل السرخسي** : المبسوط – مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٠هـ.

٢٠) **الإمام/ شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن شهاب الرملي** : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج – مطبعة البابي الحلبي سنة١٩٦٧م.

٢١) **الإمام/ شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزيه :** تحفة المودود - دار الكتب العلمية - بيروت.

٢٢) **الإمام/ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني :** بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨-١٩١٠ المطبعة الجمالية بمصر.

٢٣) **د/ عبد السلام عبد الرحيم السكري :** نقل وزراعة الأعضاء البشرية من منظور إسلامي - دراسة مقارنة - دار المنار طبعة ١٩٨٨م.

٢٤) **الفقيه/عبد الله بن سليمان الحلبي :** المعروف بداماد أفندى مجمع الأنهر شرح ملتقي الأبحر طبعة ١٣١٦ - دار إحياء التراث العربي بيروت.

٢٥) **أ/ عبد القادر عوده :** التشريع الجنائي الإسلامي- دار إحياء التراث بيروت ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

٢٦) **د/ علي داود الجفال :** المسائل الطبية المعاصرة وموقف الفقه الإسلامي منها- رسالة دكتوراه - كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر بالقاهرة سنة ١٩٨٥.

٢٧) **د/ محمد محمد المختار الشنقيطي :** أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي - مكتبة الصديق- الطائف.

٢٨) **الشيخ/ محمد احمد الشربيني الخطيب :** مغني المحتاج إلى شرح الفاظ المنهاج ج١ طبعة مصطفى البالي الحلبي.

٢٩) **العلامة/ محمد بن عابدين** : حاشية ابن عابدين المسماه/ رد المحتار على الدر المختار – طبع القاهرة ١٣٢٣هـ.

٣٠) **الشيخ/ محمد بن عرفه الدسوقي** : حاشية الدسوقي على شرح أحمد الدردير لمختصر خليل – المطبعة العامرة بمصر سنة١٢٨٧هـ.

٣١) **محمد ناظم النسيمي** : أحكام التداوي بالمحرمات، الطبعة الأولى سنة ١٣٩١هـ/١٩٧٢م – مكتبة البلاغة – حلب.

٣٢) **الشيخ/منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي** : كشاف القناع – مكتبة النصر بالرياض.

٣٣) **الشيخ/محمد بن حسين بن علي الطوري** : تكملة البحر الرائق – مع البحر الرائق شرح كنز الدقائق الطبعة الأولى– المطبعة العلمية بمصر سنة ١٣١١هـ.

٣٤) **الشيخ/ نظام جماعه من علماء الهند الأعلام** : الفتاوى الهندية– طبعة دار إحياء التراث – بيروت.

المراجع القانونية

١) **د/ اسامه فايد:** المسئولية الجنائية للأطباء «دراسة مقارنة» ط ٢ سنة ١٩٩٠م – دار النهضة العربية.

٢) **د/ أحمد محمود سعد:** مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه – رسالة دكتوراه سنة ١٩٨٣م جامعة عين شمس.

٣) **د/ احمد شوقى عبدالرحمن:** مسئولية المتبوع بإعتباره حارساً، المنصوره طبعة ١٩٧٦م.

٤) **د/ أحمد سلامه:** نظرية الحق – طبعة ١٩٧٤م.

٥) **د/ أحمد شرف الدين:** الاحكام الشرعيه للأعمال الطبيه – الكويت ١٩٨٣م.

٦) **د/ السيد محمد السيد عمران:** التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية طبعة ١٩٩٢م مؤسسة الثقافة الجامعية الأسكندرية.

٧) **د/ حسن زكى الابراشى:** مسئولية الطباء والجراحين المدنية، رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة.

٨) **د/ حسن أبوالنجا:** المسئولية العقديه عن فعل الغير، أساسها وشروطها «دراسة مقارنة» طبعة ١٩٨٩م. مكتبة دار الثقافه الجامعية.

٩) **د/ حمدى عبدالرحمن:** نظرية الحق – طبعة ١٩٧٩م.

١٠) **د/ حسام الأهوانى:** المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية – طبعة ١٩٧٥م.

١١) **د/ حسن محمد بيع:** المسئولية الجنائية فى مهنه التوليد – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية، ومنشور فى مجلة البحوث القانونية والأقتصاد – دورية كلية الحقوق بنى سويف – السنة السادسة والسابعة عا م ١٩٩٢م.

١٢) **د/ رافت محمد حماد:** مسئولية المتبوع عن انحراف (خطأ) تابعة دراسة مقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى، دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٠م.

١٣) **د/ سليمان مرقس:** مسئولية الطبيب، وكيفية تقدير خطئه، مجلة القانون والإقتصاد س ٦٧ ص ٦٤.

بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية طبعة ١٩٨٧م جمع وتنسيق هدى النمير.

١٤) **د/عبدالرشيد مأمون:** عقد العلاج الطبى – دار النهضة العربية طبعة ١٩٨٦م.

١٥) **مستشار/ عزالدين الدناصورى، وعبدالحميد الشواربى:** المسئولية المدنيه فى ضوء الفقه والقضاء.

١٦) **د/ عبدالرشيد مأمون:** عقد العلاج الطبى بين النظرية والتطبيق – دار النهضة العربية طبعة ١٩٨٦م.

١٧) **د/ عبدالناصر العطار:** مصادر الألتزام – مؤسسة البستانى للطباعة ١٩٩٠م.

١٨) **د/ على حسين نجيده:** مشكلة تغيير الجنس، والتلقيح الصناعى وتغيير الجنس طبعة ١٩٩٠/١٩٩١م.

١٩) **د/ عبدالوهاب جومد:** المسئولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت - السنة الخامسة، العدد الثانى يونيه ١٩٨١م.

٢٠) **د/ عبدالرزاق السنهورى:** الوسيط ج ٣ المجلد الأول الطبعة الثانية ١٩٨٣م.

٢١) **د/ عثمان سعيد عثمان:** استعمال الحق كسبب للاباحه - رسالة دكتوراه سنة ١٩٦٨م.

٢٢) **د/ محسن البيه:** نظرية حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنيه، الناشر مكتبة الجلاء المنصوره طبعة ١٩٩٠م .

التضامن والتضامم فى قضاء محكمة الأستئناف العليا الكويتيه مقارنة بالقضاء الفرنسى والمصرى طبعة مكتبة الجلاء - المنصوره سنة ١٩٩٠م.

٢٣) **محمد حسين منصور:** المسئولية الطبية - الناشر منشأة المعارف الأسكندرية بدون سنة طبع.

٢٤) **د/ محمد عادل عبدالرحمن:** المسئولية للأطباء وتطبيقاتها «فى طب التجميل والطب العقلى والنفسى وطب التخدير» رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس.

٢٥) **د/ محمود جمال الدين زكى:** مشكلات المسئولية المدنية - طبعة ١٩٧٨م.

٢٦) **د/ محمود نجيب حسنى:** الحق فى سلامه الجسد ومدى الحماية التى يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والأقتصاد س ٢٩- ١٩٥٩م ص ٥٢٩ - ٦٢٢.

٢٧) **د/ محمود مصطفى:** مسئولية الأطباء والجراحين، مجلة القانون والأقتصاد س ١٨ - القسم الثانى.

٢٨) **د/ محمد شكرى سرور:** مشكلة تعويض الضرر الذى يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محدده من الأشخاص - دار الفكر العربى سنة ١٩٨٣م.

٢٩) **د/ محمد بهجت عبدالله فايد:** القانون التجارى - الطبعة الأولى ١٩٩٠/١٩٩١م - دار النهضة العربية.

٣٠) **مجموعة الأعمال التحضيريه للقانون المدنى المصرى ج٢/.**

٣١) **د/ وفاء حلمى:** الخطأ الطبى - دار النهضة العربية - طبعة ١٤١١ هـ - ١٩٩١م.

٣٢) **د/ وديع فرج :** مسئولية الأطباء والجراحين المدنية - مجلة القانون والأقتصاد س ١٢، القسم الأول ص ٣٨١.

٣٣) **الدوريات ومجموعة الأحكام:**

١- مجلة المحاماة (المصريه).

٢- مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض المصرية (م.م.ق).

٣- مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصريه (الدائرة المدنية) محمود عمر.

المراجع الطبية والتاريخية

١) تعريف التخدير الجراحى د/ شفيق الأيوبى.

٢) التخدير الموضعى – د/ شفيق الأيوبى – الطبعة الرابعة – مطبعة جامعة دمشق سنة ١٣٩٣ هـ.

٣) تاريخ الطبيب أدبه وفقهه د/ السباعى والبار – دار العلم والدار الشاميه – الطبعة الأولى.

٤) جراحة التجميل – من بحوث ندوة الرؤية الأسلامية – ثبت بالندوه د/ ماجد طهبوب.

٥) الجراحة البوليه، والجراحة التناسليه د/ رياض جودت.

٦) السلوك المهنى للأطباء د/ راجى عباس التكريتى طبعة ثانيه – دار الأندلس للطباعة والنشر ١٤٠٢ هـ.

٧) الشفاء بالجراحه د/ محمود قاعود – دار العلم للملايين الطبعة الأولى ١٩٨٦.

٨) الطب النبوى، للأمام محمد بن أبى بكر بن قيم الجوزيه – ط البابى الحلبى ١٣٧٧هـ.

٩) العمده فى الجراحه لأبى الفرج بن موفق الدين يعقوب ابن اسحاق الكركى – ج ١ – طبع دار المعارف العثمانية بحيدر/ آباد الدكن سنة ١٣٥٦ هـ.

١٠) العمليات الجراحية وجراحة التجميل د/ محمد رفعت – اشترك فى تأليفه عدد من اساتذه الطب فى مصر الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٥ هـ – دار المعرفة والطباعة والنشر – بيروت.

١١) فن جراحة التجميل د/ حسن القزوينى – شركة مونمارتز للطبع والنشر بباريس.

١٢) الموسوعه الطبية الحديثة لمجموعة الأطباء ، طبعة ٢ سنة ١٩٧٠م.

المراجع الفرنسية

1. Akida (Mohamed) : La responsibilité pénal de médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudance" Thése lyon 1981.
2. Anne Dorsner et Anniescemama : "Médecine et information du malade G.P. 1977.
3. Aberkane (Hessen) : "Du dommage causé par une personne indeterminée dans un groupe determine" R.T. 1958.
4. Crepeau (P) : La responsibilité civile du médecin et l'etablissment hospitalier" Thése paris, 1955.
5. Chevallier : Droit civil 1967.
6. Carbonnier (Jean) : "Droit civil" T.1. 1971.
7. Doctylographiee, Pommerol (A) : "La résponsibilité médicale devant les tribumaux". Thése lillte 1931.
8. Doll (P.J.) : La discipline des greffes des transplantation et des autres de dispositien concentnant les corpshumaine paris 1970. "Transplantation d'organes" Rev des droits de l'homme, 1974.
9. Froge : Anesthésie et responsibilité 1972.

10. Fley marie : Anesthésie et responsibilité civile des medecins en clientele privée J.C.P. 1974 DOC: 2630.

11. Fraon (Hicham) : La responsibilité civile du médecin en droit français. Thése laurunne 1961.

12. Fchabas : "remarques sur l'obligatien "in s'olidum" R.T. 1967.

13. Garroud Laborde Lacoste : "Le role du la volonté de médecin et du patient quant au traitment médical et à l'intervention chirugicale, revde générale du droit" 1962.

14. Gombaut (A) : "Consentement écloire et responsibilité professionelle" Rev concours médical. 1972.

15. Goergen (A) : "Les droits d'homme sur son corps" Th Mancy 1957.

16. J. Pauletty : "Intervention à la table rond sur la responsibilité médicale". concours médical 1970.

17. Louis et Jean : La responsibilité civile du médecin 1978.

18. Josserand (Lauis): Cours de droit civil positif français".

19. J. Mazen : La responsibilité medical. 1934.

20. Louis et Sicard : La responsibilité civil du médecin 1978.

21. L. Linossier : "La transsexualisme, esquisse pourum profi culturel et juridique" D. 1981.

22. Mazeaud (H.L. et J): Leçon de drail civil 1,2,1re vol 6e-1978 par F. Chabas.

23. Mile, A Jack : Les conventiens relatives a la personne physique (Revue critique de legislation et de jurisprudance, 1933). Les droits extra purtrimoniqux, Thése luon. 1919.

24. Mainguet (G) : Le consentement du palient à l'acte médical, Thése paris 1957.

25. M. Puis Maller : Les droites personnels du malade boses et limites de la pratique médicale (Actes le congrés- int-morale méd 1955).

26. MeMeteau, Gérard : Thèse "Essai sur la liberté. Therapeulique de médecin étude de droit français postif paitiers" 1973.

27. M.Francine Saubiran : Quelques reflexions suscitecs par l'exeercic de la medecine au sein d'un groupe au d'une equipe". J.C.P. 1976.

28. Panneau (J) : Faute et erreur en maliere de responsibilité medicale". Thése paris 1973. "La responsibilité médicale", siry 1977.

29. Penneau (J) : "La responsibilité médiciale", ed siry, 1977.

30. Planiol (M) et Ripert (G) : "Traité pratique de droit civil français". T. 1 x 1V, paris 1925.

31. Réné Martian : La faute professionelle precianent des les profession liberales, Thésélyon 1934.

32. Rauziaux (J.M): "Les essais des nauveaux médicaments chez l'homme problémes juridiques et éthiques" coll-de méd-leg-et de Tox-méd Masson paris 1978.

33. Savatier (R) : Les greffes devants les droit" Cahiers laennec, mars 1966.

- Traité de la responsibilité civ. 11.

- De sanauine jus. D. 1954 chr XXV.

- "Securité humaine et résponsibilité civile de médecin". Dalloz 1961.

- "La responsibilité médicale" paris 1948.

- "L'evolution de la responsibilité du médecin anesthesiste" chaiers laennec. Juin 1938.

34. Vilar (R) : L'evolution des responsibilités du chirurgien et de l'anésthesiste, R.T. 1974.

35. V.Abel (B) : "La résponsibilité civile des médecines" Théses mancy 1936.

36. Viseriet : "Faute évidente ou caractérisée" paris 1934.

37. Walnie (M) : "Traité élémentaire de droit administratif" 1952.

٢- تعليقات على أحكام القضاء:

1. Chabas (F) : note sous : T.G.1 Montpellier, 21 déc, 1971,D. 1971, 637.

2. Doll, : obs au : civ 23 mai 1973, R.T. 1974, 618, R.T. 1980.

3. Penneau : note sous : civ, 25 mai 1971. D. 1971, 534.

4. Savatier : note sous : paris 14 févre, 1958, J.C.P. 1958, 11, 10533.

Civ : 18 oct 1960 J.C.P. 1960. 11846.

Civ. 8 juin 1956 D. 1957. 493.

Civ. 29 oct 1968 J.C.P. 1968, 11. 15799.

Rouen : 17 dec 1970. D. 1971, 152.

Civ. 30 oct 1963 D. 1964, 81.

5. Vienne : note sous : Aix 23 févr 1949 J.C.P. 1949, 2, 5025.

٣- الدوريات الفرنسية ورموزها:

1. D. : Dalloz. 6-S siry.
2. D.H. : Dalloz hébdomadaire.
3. D.P. : Dalloz périoclique.
4. J.C.P. : Juris classeur périodique (semaine juridique).
5. G.P. : Gazette de palais.
6. S. : Siry.
7. R.T. : Reuve trimeptrielle de droit civil.

(الفهرست)

أحكام العمليات الجراحية

«دراسة مقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى»

الصفحة

الفصل الثانى

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الفصل الرابع

الصفحة

أحكام العمليات الجراحية

رقم الإيداع/ ٩٦/٣٠٦٤

الترقيم الدولي

I.S.P.N. 977-04-1636-3